دكتور / محمد محى الدين ابراهيم محمد سليم

دكتوراه فى القانون المدنى

نظرية الظروف الطارئة

بين القانون المدنى والفقه الاسلامى
دراسة مقارنة

١٩٩١

بسم الله الرحمن الرحيم

"ربنا لاتؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ربنا
ولا تحمل علينا اصرا كما حملته على الذين من
قبلنا ربنا ولاتحملنا مالاطاقة لنا به وأعف
عنا واغفر لنا وأرحمنا أنت مولنا فانصرنا
على القوم الكافرين " **صدق الله العظيم**

آخر سورة البقرة

اهـــداء

* الــى والدتى الــتى منحتــنى العطـــف بــلا حدود ٠

* الــى شقيقــى الأكــبر دكتــور / محمد حســنى ابراهيم سلــيم الذى وقــف بجانـــى وآزرنــى ٠

* الــى اخوتـــى وأخواتــى الذين مدوا لى يــد العــون بلا حـــدود ٠

* الــى زوجــتى وولــداى حاتــم وكريم الذيــن ضحوا مــن أجــل اتمام هــذا العمــل ٠

* الــى اساتذتــى الكــرام الذيــن قدموا لى النصح والعون

اقدم لهم جميعا باكورة انتاجى العلمى

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

لا يستطيع انسان مهما أوتى من علم ومال أن يعتمد على نفسه فى تدبير شئون معيشته نظرا لتعدد حاجاته وتنوع متطلباته بالاضافة الى محدودية ملكاته فكان لابد أن يتعامل مع قرنائه من بنى جنسه لتحصيل تلك الحاجات وتدبير هذه المتطلبات .

ونظرا لأن الانسان غالبا ما يؤثر مصلحته ولو أدى ذلك الى الاضرار بالآخرين فكان لابد من ايجاد وسيلة مشتركة فعالة تضمن قيامه بالوفاء بما التزم به مع حقه فى الحصول على المقابل ولقد اهتدى العقل البشرى الى هذه الوسيلة ممثلة فى العقد .

فالعقد ولد منذ فجر التاريخ مصاحبا لنشأة الانسان الأولى كأداة للتعامل بين بنى البشر ونظرا للدور الهام والخطير الذى يلعبه العقد فى ميدان الحياة فقد أولاه المشرعون على امتداد العصور أهمية كبرى ضمانا لاستقرار المعاملات واسباغ جو من الثقة فى مجالات التعامل وكانت تطبق العقوبات الدينية والدنيوية على من ينكل عن تنفيذ التزام ما تعهد به .

ولم يقف أمر الاهتمام بالعقد عند حد البشر بل كانت كل الديانات السماوية تحض على ضرورة الوفاء بالعهد فلو أنا نظرنا الى بعض آيات فى القرآن الكريم لوجدناه زاخرا بكثير من الآيات التى توجب الوفاء بالعهد وتتوعد من يخالف ذلك بسخط الله عز وجل من ذلك قوله تعالى: "والموفون بعهدهم اذا عاهدوا "(١) .

---

١ — سورة البقرة آية (١٧٧) .

وقوله تعالى : " وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا ". (٢) وقوله عز وجل : " والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ". (٣)

وهكذا وفى غير ذلك من المواضع يحث المولى عز وجل على ضرورة وفاء الانسان بالتزاماته .

من هنا كان اهتمام كافة التشريعات الوضعية بالعقد والتى شمرت عن ساعد الجد لحمايته ومنع محاولات العبث به وخرجت أقوال الفقهاء تترجم تلك الروح التى سيطرت عليهم وعلى المشرعين تجاه تلك الوسيلة الخطيرة حتى وصل الأمر ببعضهم درجة من الحماس جعلته يقول : " كما تربط الثيران من قرونها يربط الانسان من لسانه ". (٤) وهو يريد بذلك أن يبرهن على مدى قوة الالتزام المتولد من العقد وان كان قد خانه التعبير فى تشبيه حالة الانسان الملتزم بالثور المربوط من قرونه بجامع أن كلاهما لا اختيار أمامه سوى الانصياع للتنفيذ .

ولقد ارتبط بالعقد كوسيلة للتعامل مبدأ سلطان الارادة .

ولقد راج هذا المبدأ فى أوربا ردحا من الزمن حتى أنه مازال يلقى بظلاله على بعض النظم القانونية هناك حتى الآن مما جعلها لا تعترف بأى استثناء عليه خاصة نظرية الظروف الطارئة وأعنى بذلك القانون المدنى الفرنسى .

---

٢ ــ سورة الاسراء آية (٣٤) .

٣ ــ سورة المؤمنون آية (٨) .

٤ ــ *Antoine loysel, institus coutumiére. Tom. 1er. liv III, paris 1864, no 357. P. 359.*

ولقد ترتب على هذا المبدأ نشوء بعض القواعد التى تعد بمثابة نتائج مستخلصة منه وأهمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " .

ولقد تولد عن قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " أن الالتزام المتولد من العقد يتساوى تماما مع ذلك المتولد من القانون .

وهكذا استقر العقد وسيلة للتعامل بين الأفراد ونظرا لأن كل متعاقد لا يسعى الى الارتباط التعاقدى الا من أجل تحصيل المنافع له مع أداء المقابل لذلك فالعقد وسيلة لاسعاد المتعاقد لا لجلب الشقاء اليه الا انه ونتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية المستمرة وما يستتبع ذلك من ارتفاع أسعار السلع والخدمات وما قد يسود من أزمات طاحنه نتيجة لذلك ولما يحدث من كوارث الطبيعة كالفيضانات والزلازل مما يترتب عليه اهلاك للحرث والنسل لكل ذلك كان المتعاقد يجد نفسه أمام صعوبة فى تنفيذ الالتزام قد تصل حد الاستحالة ان لم تصبه – على الأقل – بارهاق مادى فادح .

والحقيقة فان هذه الكوارث كانت – ومازالت – تحدث لأسباب خارجة عن ارادة المتعاقدين *(étranger aux parties)* ونظرا لأن الأصل أنه لا تكليف بمستحيل ولا طاقة للبشر أمام استحالة تنفيذ الالتزام فكان لابد من ايجاد وسيلة لمواجهة هذه الاستحالة ومن هذا المنطلق بعثت الى الوجود نظرية القوة القاهرة *(force mojeure)* والتى تقبلها الفقه القانونى بصدر رحب لأنه لا توجد حكمة مقبولة من الابقاء على عقد يستحيل تنفيذه .

الا أن الأمر لم يكن بهذه السهولة أمام استحالة تنفيذ الالتزام استحالة نسبية وتفصيل ذلك أنه كانت تحدث ظروف تؤدى الى امكانية تنفيذ الالتزام

ولكن مع شيء من الكلفة والمشقة بما قد يجر الخراب على المدين مما يصبح معه العقد وسيلة للافقار و التعاسة بدلا من جعله وسيلة لرفاهية الانسان وحصوله على متطلباته ٠

وكان أثر الظرف الطارئ يتمثل في جعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا ولسبب لا يد له فيه فضلا عن أن الحادث كان غير متوقع الحدوث " imprevisible "مما كان يوجد نوعا من الخلاف أو النزاع بين الطرفين وكانت هذه النزاعات بسيطة في بداية الأمر الى أن تفاقمت نتيجة تعدد نواحي النشاط البشري وتنوعه واتساع دائرة المعاملات وصار العقد وسيلة هامة لتبادل الخدمات مما جعل الفقه يخرج عن صمته ازاء تلك الأحداث بعد أن كان مبدأ سلطان الارادة يقف حائلا أمام كافة المحاولات التي تحاول اعادة النظر في الالتزامات العقدية بعد ابرام العقد ٠

ولقد انقسم الفقه ازاء تلك المسألة فمن تمسك بأهداب مبدأ سلطان الارادة بمفهومه التقليدي يرى أن على المتعاقد تنفيذ العقد مهما يحدث (coûte que coûte)ولا يجوز المساس بالالتزام التعاقدي لتعارض ذلك مع مبدأ سلطان الارادة ٠

الا أن الاتجاه المعتدل من الفقهاء لم يقنع من الأمر بظاهره وذهب يبحث فيما وراء مبدأ سلطان الارادة وأن الأخذ به كان لحث كل متعاقد على ضرورة تنفيذ التزامه وعدم التهاون في ذلك والأخذ بنظرية الظروف الطارئه لا يعني هدم المبدأ أو الخروج عليه بل يعني تأكيده لأن الالتزام التعاقدي يجب أن يتمشى مع الظروف خاصة اذا لم يكن لأحد المتعاقدين دخل في احداثها ولا شك أن هذا يتمشى مع النية المشتركة للمتعاقدين

"la commune intention des porties" وما يجب أن يسود بينهما من حسن النية "bonne foi" فى تنفيذ العقد .

ونظرا لتشابك الظواهر الاقتصادية وتعقدها بسبب تدخل الدولة الحديثة فى كثير من الميادين الاجتماعية والاقتصادية وجد الفقه الغربى أنه قد بالغ كثيرا فى مبدأ لزوم العقد فراح يتلمس الوسائل للتخفيف من ذلك نزولا على مقتضيات العدالة ومحاولة اعادة التوازن الاقتصادى المختل للالتزام التعاقدى سيرته الأولى ولذلك سارع مشرعو معظم الدول الى الأخذ بنظرية عامة للظروف الطارئة وفى طليعة هؤلاء المشرع البولونى ثم تبعه المشرع الايطالى ثم التقنين المدنى المصرى الذى بدأ تطبيقه والعمل به فى ١٥/١٠/١٩٤٩ م وتحمل المادة الخاصة بالنظرية رقم (١٤٧/٢) (٥) .

ولم يقف الأمر عند حد من أخذوا بنظرية عامة للطوارئ بل ان باقى التشريعات التى لم تأخذ بها لم يفتها أن تورد تطبيقات تشريعية لها كالقانون الفرنسى والألمانى نزولا على مقتضيات العداله وضرورة مجاراة المشرع لما حوله من متغيرات اجتماعية واقتصادية .

ولقد ترجم هذه المعانى من وجهة النظر الاقتصادية أحد الفقهاء بقوله : " ان المشرع عليه أن يراعى وقائع الحياة الاقتصادية فهو يستوحى تلك الوقائع ويسير على هديها أو قل ان المشرع حبيس الحقائق الاقتصادية الى حد كبير فان لم يفعل ذلك كان مثله كمن يخط بأصبعه على سطح

---

٥ ـ تقابل هذه المادة فى نصوص القانون المدنى بالدول العربية المواد : ١٤٧/ ليبى، ١٤٨/ سورى، ١٤٦/ عراقى، ١٣٧/ سودانى، ١٤٦/ كويتى، ٢٠٥/ أردنى وللأسف لم يأخذ التشريع اللبنانى بهذه النظرية مؤثرا السير فى فلك القانون الفرنسى الذى لم يأخذ بها حتى الآن .

الماء لايكاد أثره يظهر حتى يزول ومن ثم كان لزاما على المشرع أن يراعى الوقائع الاقتصادية في تشريعه فان فعل جاءت القاعدة القانونية تعبيرا عن ذلك الواقع وانعكاسا له وان الباحث يستطيع أن يقرأ الحياة الاقتصادية لأمة في تشريعها كما يقرأ في كتاب مفتوح. (٦)

الا أن الموقف الرافض للنظرية في الفقه الوضعي لم يجد له صدى في الشريعة الاسلامية لأن مدخل النظرية هو نفي الحرج وازالة الضرر ولا شك أن شريعتنا الغراء تعتبر مثل هذه المبادئ من ركائزها الأساسية وبالتالي عرف الفقه الاسلامي هذه النظرية قبل أن يعرفها القانون الوضعي بمئات السنين وان ارتدت في ظل هذه الشريعة ثوبا آخر وبحثت تحت مسميات مختلفة ولم توضع في قالب شكلي كما حدث في القانون الوضعي نظرا لأن فقهاء المسلمين كانوا يعالجون مايعرض عليهم من مسائل ويضعون لها حلولا عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المنسق.

وكانت مبادئ العداله ـ وهي السائدة في الفقه الاسلامي ـ اذا تعارضت مع القوة الملزمة للعقد تم التضحية بالأخيرة مما أمكن معه فتح ثغرات مختلفة في هذه القوة الملزمة من ذلك رفع الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين من المضي في موجب العقد وتمثل رفع هذا الضرر في الفسخ للعذر والحط من الثمن للجائحة والصلح على الأوسط عند تقلب قيمة النقود.

وبعد أن أخذت نظرية الظروف الطارئة مكانتها اللائقة بها ضمن المبادئ التي تحكم نظرية العقد أخذ الفقهاء يحاولون وضع اطار متكامل لها مما أدى الى اختلاف الآراء وأثار العديد من التساؤلات.

---

٦ ـ د. جابر جاد عبد الرحمن ود. سعيد النجار ـ مبادئ الاقتصاد السياسي طبعة سنة ١٩٥٣ ص ١٦ .

فمن حيث أساس النظرية فقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون الوضعى بمناسبة محاولتهم رد هذه النظرية الى بعض المبادئ السائدة فى القانون المدنى مما فتح المجال لاثارة العديد من التساؤلات: هل يمكن اعتبار العدالة وروح الانصاف أساسا للنظرية؟ خاصة وأن العدالة من المبادئ العامة التى يجب أن تصطبغ بها كافة العقود . واذا لم تكن كذلك فهل نعتبر المدين المصاب بالارهاق من جراء الظرف الطارئ فى مركز المتعاقد المغبون ونطبق عليه أحكام نظرية الغبن ؟ هذا ماقال به البعض وتناسوا أن تلك النظرية الأخيرة (الغبن) تعالج مرحلة تكوين العقد .

واذا كان الأمر كذلك فهل يمكن أن نتلمس فى فكرة الاثراء بلا سبب أساسا لها خاصة وأن أنصار هذا الأساس روجوا أن الدائن الذى يطالب مدينه المرهق بالتنفيذ يكون قد أثرى على حسابه بلاسبب وعلى صعيد آخر سمعنا من يردد فكرة التعسف فى استعمال الحق بمقولة أن الدائن الذى يصر على ضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه يكون متعسفا فى استعمال حقه . وغير ذلك من التساؤلات الكثيرة التى أثيرت حول أساس هذه النظرية .

أما فى الفقه الاسلامى فنجد أن هناك شبه اجماع على أن أساس النظرية يتبلور ضمن المبادئ العامة التى تنادى بها شريعتنا الغراء وتتمثل فى رفع الحرج وازالة الضيق وحرمة أخذ مال الغير دون حق ولذلك أجازوا فسخ الاجارة للعزر حتى يرفعوا عن المتعاقد الذى قام العزر فى جانبه ما عساه يناله من ضرر كذلك أجازوا الحط من الثمن مقابل الجائحه حتى لا يأكل البائع مالا حراما لا يقابله جزء من الثمار ولذلك يمكن القول بأن أساسها فى الشريعة الاسلامية هو امتناع الضرر وأكل أموال الناس بالباطل وكذلك امتناع الحرمة فى حالة الأعذار الشرعية على وفق ما سنرى .

أما بالنسبة لنطاق النظرية فانه يحد بأمرين : الالتزام التعاقدى والظرف الطارئ فبخصوص الالتزام التعاقدى فقد يبدو للوهلة الأولى أن عقود المدة وهى التى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها هى الميدان الخصب للنظرية محل الدراسة بحسبان أن الظرف الطارئ يحتاج ـ كى ينتج أثره ـ لبعض الوقت الا أن ايقاع الحياة السريع والتقلبات الاقتصادية المذهلة تقتضى اعادة النظر فى هذا الاتجاه التقليدى اذ ليس هناك ما يمنع من تطبيق أحكام النظرية على العقود الفورية مطلقا خاصة وان القرارات التى تصدر برفع أثمان السلع واخراجها من التسعيرة الجبرية لاتحتاج الا الى وقت قصير جدا وتنتج أثرها فورا ولا ينازع أحد فى أن مثل هذه القرارات تعد ظروفا طارئة ٠

واذا ما انتهينا من ذلك أثيرت تساؤلات كثيرة حول مدى امكانية تطبيق أحكام النظرية على التعاقد بالعربون والعقد الذى محل الالتزام فيه مبلغ من النقود وكذلك الوعد بالتعاقد والعقود المعلقة على شرط أو مضافة لأجل والعقود الاحتمالية والملزمة لجانب واحد ٠

وهناك كذلك بعض أنواع البيوع التى أثير حولها التساؤل وهى البيع بالعينة وبشرط المذاق والتجربة والبيع بالعد والكيل والمقاس والوزن ٠٠ الخ ٠

أما بالنسبة للظرف الطارئ وهو الصنو الآخر لنطاق النظرية فانه يثور بصدده تساؤلات هامة تدور حول أوصافه لتمييزه عما قد يشتبه به ؟ ثم هل ينحصر مفهومه فى الظروف التقليدية كالفيضانات والأوبئه والحروب أم أن الأمر يتعدى ذلك الى حد اعتبار التشريع ظرفا طارئا ؟ واذا كان عدم التوقع من بين أوصاف الظرف الطارئ فما مدى مساهمة أدوات التكنولوجيا الحديثة فى توقع هذا الظرف بما يعنى امكانية تفادى آثارة ؟ ٠

وفى اطار الشريعة الاسلامية نجد أن الظرف الطارئ قد يتمثل فى العذر الذى يطرأ للمستأجر أو الجائحة فى بيع الثمار وأخيرا الارهاق الذى يصيب المدين نتيجة تقلب قيمة النقود ٠

واذا كان لكل ظرف أثره فكيف نعالج أثر الظرف الطارئ ؟

لاشك أن دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول تقبل من المدين فى العقد الذى قام الظرف الطارئ بصدد تنفيذه الا أن الأمر لا يسير دائما بهذه السهولة فقد يتوفى المدين أو يتصرف فى المال محل العقد وهنا يثور التساؤل حول مدى أحقية كل من الخلف العام والخاص فى الحلول محل المدين الأصلى فى هذه الدعوى؟ بل ان الأمر قد يأخذ شكلا آخر اذا ماتقاعس المدين عن رفع هذه الدعوى اضرارا بدائنه مما يجعله معسرا أو يزيد هذا الاعسار فما مدى حق الدائن فى رفع هذه الدعوى نيابة عن المدين ؟

واذا انتهينا من ذلك دخلنا فى مرحلة التقاضى والتى نلمح من خلالها أن للقاضى دورا يغاير مفهوم مهمته الأساسية اذ بينما تقتصر تلك المهمة الأخيرة عند حد تطبيق النص القانونى وتفسير العقد بما يتفق مع النية المشتركة لكلا المتعاقدين نراه ازاء نظر دعوى الالتزام المرهق يتجاوز ذلك الى حد تعديل العقد والنيل من أداءاته مما يثير تساؤلات عديدة تدور حول مفهوم المغايرة ومداها والعلة منها ؟ وهل ترك المشرع السلطة للقاضى مطلقة من كل قيد أم لا ؟ واذا كانت الاجابة بالنفى فما هى الموجهات التشريعية التى يجب على القاضى أن يحتذيها وهو بصدد رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ؟ ثم ماهى السلطات المخوله له فى سبيل انفاذ تلك المهمة ؟ وهل تشمل من بين عناصرها امكانية الحكم بفسخ

العقد ؟ وأخيرا هل يمكن أن يتولى المشرع بنفسه معالجة أثر الظرف الطارئ عن طريق تشريع يصدره أم لا ؟

واذا تيمنا شطر شريعتنا الغراء نجد أن فقهاء المسلمين قد وضعوا معالجة دقيقة لآثر الظرف الطارئ من خلال مظاهره الثلاث.

فاذا قام العذر فى جانب المستأجر ثبت له خيار الفسخ بل ان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه فى حالة العذر الشرعى على ماسنرى وكما أن للفسخ موجباته له كذلك مسقطاته . فما هى الموجبات وكيف تثبت المسقطات؟

وبصدد تقلب قيمة النقود هناك الصلح على الأوسط وكذلك بصدد نظرية الجوائح نجد علاج أثر الجائحة يكون بالحط من الثمن مقابل ما تلف من الثمار .

واذا فرغنا من تحديد الاطار العام للنظرية صادفتنا مسألة أخرى اذ أن هناك بعض النظريات القانونية التى قد تتشابه مع نظرية الظروف الطارئة فى بعض مظاهرها لذا رأينا ضرورة عقد مقارنة بين النظرية محل الدراسة وباقى هذه النظريات لمعرفة أوجه الاتفاق والأختلاف وتلك النظريات هى : نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية وهما من نظريات القانون الادارى وكذلك نظرية الاستغلال والغبن اللاحق والقوة القاهرة وعقود الاذعان .

ويثور التساؤل حول مفهوم الفقه الاسلامى من نظرية الاستغلال والقوة القاهرة وعقود الاذعان ومدى اتفاق الشريعة الغراء مع القانون الوضعى فى المبادئ العامة التى تحدد اطار تلك النظريات.

وعلى ذلك نقسم هذا البحث الى أربعة فصول وخاتمة نسبقها بفصل تمهيدى نتناول فيه التطورالتاريخى للنظرية وعلى ذلك تسير خطتنا وفق

المنهج الآتــى : ـ

فصــل تمهيـــدى : التطور التاريخى لنظرية الظروف الطارئة .

الفصل الأول : أساس نظرية الظروف الطارئة .

الفصل الثانى : نطاق نظرية الظروف الطارئة .

الفصل الثالث : معالجة أثر الظروف الطارئة .

الفصل الرابع : نظرية الظروف الطارئة وبعض النظم القانونية الأخرى .

خاتمـــة .

الفصل التمهيدى

التطور التاريخى لنظرية الظروف الطارئـة

لم تنشأ نظرية الظروف الطارئة مصاحبة لنشأة النظم القانونية منذ القدم اذ كانت القوانين القديمة مغرقة فى الشكليات وكذلك كان لمبدأ سلطـان الارادة تأثيره البالغ فى معاداتها لتعارض جوهره ـ بحسب الظاهر ـ مع أحكام تلك النظرية ٠

ومضت سفينة القانون تمخر عباب الزمن مع سيادة تامة لمبدأ سلطـان الارادة الذى استغرق ـ أو كاد ـ كافة مظاهر النشاط البشرى فى جانـب المعاملات حتى كاد كل منصف أن يعتقد ـ ازاء الوضع القائم ـ بأن نظريـة الظروف الطارئة ومايشبهها من النظريات الأخرى لن تقوم له قائمة نظـرا لشيوع هذا المبدأ وازدياد مريديه يوما بعد يوم ٠

الا أن دوام الحال من المحال فبين عشية وضحاها أنتكص مبدأ سلطان الارادة وتغيرت الأفكار وتبدلت النظم القانونية السائدة لتحل محلهـا نظما أخرى فكان ذلك ايذانا بالاعتراف بتلك النظرية ٠

لذلك ونظرا لأهمية مبدأ سلطان الارادة كنقطة التقى عندها معارضو النظرية وافترق منها مؤيدوها فاننا نلقى بعض الضوء فى عجالة وكلمـة موجزة عن هذا المبدأ ثم وعلى هدى من ذلك نتناول التطور التاريخـى للنظرية عبر العصور المختلفة سواء فى القوانين القديمة والحديثة ثم نلقـى الضوء على موقف الشريعة الاسلامية من هذه النظرية وعلى ذلك نقسـم هذا الفصل الى الآتـى : ـ

المبحث الأول : اطلالة موجزة على مبدأ سلطان الارادة ·

المبحث الثانى : تطور النظرية فى القوانين القديمة ·

المبحث الثالث : تطور النظرية فى القوانين الحديثة ·

المبحث الرابع : تطور النظرية فى الشريعة الاسلامية ·

المبحث الأول

اطلالة موجزة على مبدأ سلطان الارادة

اذا التزم الانسان سواء بارادته المنفرده أو نتيجة التقاء ارادته بارداة أخرى فالواجب يحتم احترام آثار هذا الالتزام ويجب الوفاء به ومرجع ذلك مايسمى بمبدأ سلطان الارادة ٠

ويقوم مبدأ سلطان الارادة على أن ارادة الانسان تعتبر مظهرا من مظاهر حريته ولها أثر كبير فى انشاء الالتزامات وتحديد آثارها فالأفراد أحرار فى أن يلتزموا بما يريدون وبالقدر الذى يريدونه بشرط عدم تعديهم على حريات الآخرين ٠

والارادة وحدها كافيه فى انشاء الالتزامات دون حاجة الى شكليات أو طقوس معينة ٠ (٧)

---

٧ ـ فى تفاصيل هذا المبدأ انظر: د٠ حشمت أبوستيت ـ نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ـ الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ص٤٢ ، د٠ مختار القاضى ـ أصول الالتزامات طبعة سنة١٩٦٧ ص٦٢ ، د٠ محمد وهيبة ـ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى طبعة سنة١٩٣٦ ص٨٢ ، د٠ حلمى بهجت بدوى ـ أصول الالتزامات طبعة سنة١٩٤٣ ص٦٦ ، د٠ سليمان مرقس ـ شرح القانون المدنى ـ جـ٢ ـ الالتزامات طبعة سنة١٩٦٤ ص٦٢ ، د٠ عبد الحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزام جـ١ ـ مصادر الالتزام طبعة سنة١٩٦٢ ص ١٨٣ ، د٠ اسماعيل غانم ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام طبعة سنة١٩٦٦ ص٥٠ ، ١٠٥ ، د٠ عبد المنعم البدراوى ـ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ١ ـ مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٧١ ص٩١ ، د٠ السنهورى ـ الوسيط ـ نظرية الالتزام ـ العقد طبعة ١٩٨١ ص١٨٠ ٠

وبلغ من تعظيم الارادة لدى أنصار هذا المبدأ أنها تستطيع أن تنشىء أى عقد من العقود ـ التى لم ينظمها المشرع وتسمى بالعقود المسماه ـ والذى دفعهم الى ذلك ماساد لديهم من اعتقاد مؤداه أن كل التزام تعاقدى مصدره الارادة يعتبر التزاما عادلا ولا يصح لأى طرف من أطرافه أن يتحلل منه .

وعلى ذلك لا يجوز للمشرع أن يتدخل ليحد من مبدأ سلطان الارادة الا بالقدر الذى يضمن سلامة الارادة من عيوبها كذلك ليس للقاضى أن يتدخل ليحد من نطاق هذا المبدأ تحت أى ستار كادعاء تحقيق العدالة أو المصلحة العامة . (٨)

ولقد بلغ الأمر منتهاه لدى أنصار مبدأ سلطان الارادة حينما جعلوه يستغرق كل مظاهر حياة الانسان تقريبا حتى أنهم نسبوا للارادة أمورا فى ظاهرها على الأقل ليست من سلطان الارادة كالميراث حين ادعوا أن للارادة دور فيه اذ يعد بمثابة وصية مفترضة من المورث .

وترتب على سيادة مبدأ سلطان الارادة أن ظهرت له نتائج عديدة منها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذى يتمخض عنه الرابطة الالزامية (le lien obligatoire) التى ينشئها العقد بين طرفيه وتوجب على كل منهما تنفيذ التزاماته . (٩)

---

٨ ـ د . محمد حسنى عباس ـ العقد والارادة المنفردة ـ طبعة سنة ١٩٥٩ ص٣٣ ، د . حلمى بهجت بدوى ـ المرجع السابق ص٦٦ .

٩ ـ د . عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٣٧٩ .

كذلك من بين النتائج التى ترتبت على هذا المبدأ (سلطان الارادة) حرية التعاقد أو الاحجام عنه وأن الأصل كفاية التراضى لقيام العقد دون اتباع شكليات معينة وأن مهمة القاضى تقتصر على تفسير نية الطرفين والكشف عنها ولا يجوز له أن يغلب ارادته هو بل يمكن القول بأن تفسير العقد وتعيين مضمونه ماهو الا مظهر من مظاهر مبدأ سلطان الارادة حيث يتقيد القاضى فى ذلك بما قصدت اليه الارادة المشتركة للطرفين . (١٠)

صار الحال بمبدأ سلطان الارادة الى ان استقر واعتبر من الأسس التى تقوم عليها النظريات القانونية فكل ماليس محظورا مباح وكل ماليس ممنوعا جائز .

ولا شك أنه فى ظل هذا الخضم الهائل من تقديس الارادة وجعلها الزاوية فى كل التزام بل وفى ترتيب اثاره فى ظل كل هذا لا يمكن أن يكون لنظرية الظروف الطارئة متسع ضمن مبادئ العقد لأنها تقوم على مايتعارض – بحسب الظاهر – مع هذا المبدأ اذ هى ثغرة ينفذ منها القاضى للنيل من قوة العقد الملزمة ويزيل بمعوله بعض لبناته ليعيد ترتيبها من جديد بما يتلاءم مع الظروف التى استجدت وكل ذلك مما يتنافى مع جوهر مبدأ سلطان الارادة .

الا أن الأمر لم يسر على هذا النهج دوما وكان لابد للتغيير أن يفرض منطقه وتستبد سنته وأن تتطور الأمور وتتبدل النظم وهذا ماتم بالفعل .

---

١٠ – المرجع السابق ص٣٨٢ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٦٠ ص٣١٦ ، د. حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص ٣٠٥ .

وتفصيل ذلك أنه قد هبت على العالم بأسره رياح التغيير محملة بأفكار ومبادئ أبت الا أن ترسخ مع زوال غيرها أو تغيره ليتلاءم معها ولم يكن مبدأ سلطان الارادة بمنجى عما حدث. اذ فى نهاية القرن التاسع عشر تغيرت الظروف واختلفت العوامل الاقتصادية والسياسية وحدث الانقلاب الصناعى فقامت الصناعات الكبيرة التى ضمت الجموع الغفيرة من العمال وتكونت المؤسسات الضخمة ذات رؤوس الأموال الكبيرة ونتج عن ذلك اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة والذى أدى بدوره الى مهاجمة مبدأ سلطان الارادة والتقليل من شأنه. (١١)

وبذلك بدأ نجم هذا المبدأ يأفل نتيجة المد الاشتراكى والذى يغلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند التعارض وكان التضييق من نطاق هذا المبدأ خيرا وبركة على معظم النظريات القانونية المعروفة الآن والتى تقيد من حرية الارادة لاعادة التوازن الاقتصادى للعقد وانتصار القانون للجانب الضعيف. (١٢)

ونتيجة لما سبق بزغ نجم نظرية الظروف الطارئة كأحد مظاهر كبح جماح مبدأ سلطان الارادة الذى كان يقتضى عدم المساس بالعقد الذى أبرم على وجه صحيح مهما ترتب عليه من خير وفير لأحد الطرفين وشر مستطير للمتعاقد الآخر على أثر ما يمكن أن يطرأ من ظروف لاحقة على انعقاد العقد. (١٣)

---

١١ ــ د. سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص٢٨ ، د. محمود جمال الدين زكى ــ نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٦٦ فقرة (١٤)

١٢ ــ د. السنهورى ــ المرجع السابق ص١٨٥ .

١٣ ــ أسعد الكوارى ــ نظرية الحوادث الطارئة فى التشريع المدنى للبلاد العربية مجلة المحاماة السنة ٤٠ ــ العدد الأول ــ سبتمبر سنة ١٩٥٩ ص٢١٨ .

بدأ الفقه يتداول النظرية الجديدة الا قليلا منه آثر التمسك بأهداب مبدأ سلطان الارادة بمفهومه التقليدى رغم تآكل معظم نتائجه بفعل عوامل التطور والتقدم الاقتصادى وكانوا يبالغون فى التشدد عند الأخذ بنتائج هذا المبدأ خاصة فكرة العقد شريعة المتعاقدين من منطلق أنه يعنى أن : " الاتفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة الى من عقدوها مقام القانون ". (١٤)

وهذا كلام صحيح فى غالبه لأن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقوم على مبادئ ثلاث وهى مبدأ سلطان الارادة واحترام العهد المقطوع " *pacta sunt servanda* " واستقرار المعاملات " *la securité* "(١٥)

الا أن الغريب فى الأمر أن أنصار مبدأ سلطان الارادة قد أرادوا لتلك القاعدة أن تتطابق مع نصوص القانون سواء بسواء وهذا مانحذر منه لأن مثل هذا الفكر لاينضح الا بنتائج غير مستحبة تنعكس آثارها على نظرية العقد بل وعلى هذه القاعدة ذاتها مما حدا بالفقيه جوسران أن يعقد مقارنة بين العقد والقانون انتهى منها الى أن نصوص العقد لا تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق فان كان بينهما أوجه شبه الا أنه توجد كذلك نواحى اختلاف.

---

١٤ — *" les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ".*

د. السنهورى — المرجع السابق ص٨٤٥ .

١٥ — د. عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٥٠ ، د. عبد المنعم البدراوى — المرجع السابق ص٣٩٥ .

ومظهر الشبه هو أن كليهما ملزم ويجوز أن يخرج على قانون أو عـــرف كما أنه يجوز حل العقد والغاء القانون فضلا عن أن تفسير كل منهما يخضع لقاعدة واحدة وهى مقتضيات العدالة وحسن النية ٠

عدا ذلك فهما مختلفان فلا يجوز للعقد الخروج على قانون تعـــــد قواعده من النظام العام كذلك يمكن حل العقد بارادة واحدة على عكـــس القانون الذى يجب الغاؤه بنفس طريقة صنعة وأخيرا فان تفسير العقـــــد مسألة موضوعية أما تفسير القانون فمسألة قانونية٠ (١٦)

وهكذا نجد أن تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة لا يتعارض البتـــة مع مبدأ سلطان الارادة والقول بغير ذلك يعنى نوعا من عدم التكافـــــؤ والمساواة بين العاقدين واذكاء لروح الأنانية لدى أحدهما على حســـاب الآخر بل لا نبالغ اذا قلنا أن فى ذلك قتل لروح العلاقة التعاقدية ومـــا يجب أن يسود بين العاقدين من تكافؤ وحسن نية ٠

ولذلك لم يشأ معظم المشرعين أن يرخوا العنان لمبدأ سلطان الارادة ويتركوا الأمر لمحض اتفاق الطرفين بل كان كل مشرع يتدخل بما يعيد الأمور الى نصابها الصحيح ٠

ولقد اكد تلك المعانى تقرير القانون المدنى الايطالى بقوله : " واذ يقوم هذا المبدأ على أساس من الفردية والأنانية لم يشأ القانون أن يرخى له العنان بل خفف من حدته حتى يحقق التواؤم بينه وبين مقتضيات الحياة الحديثة التى يجب أن يسودها التعاون والتضامن الاجتماعى٠ فى هـــذه

---

١٦ ــ جوسران جـ٢ فقرة ٢٤٧ ــ ٢٤٨ ــ مشار اليه د٠ السنهـــورى ــ المرجع السابق ص ٨٤٥ ومابعدها ٠

الحياة الحديثة يعتبر التوازن بين أداءات المتعاقدين أو عدالة الفائدة التي ينشدها كل منهما المثل الأعلى لتداول الأموال تداولا سليما والخطة المثلى لتعاون الأفراد فيما بينهم تعاونا يفيء بالخير. هذا التوازن هو مناط حماية القانون للحرية التعاقدية وأساسها وهو القاهر لروح الأنانية التي يمكن أن تتسرب الى العلاقات الفردية اخلالا بواجب التضامن الذي يجب أن يسود مسلك الأفراد . (١٧)

---

١٧ ــ د. عبد الحي حجازي ــ المرجع السابق ص ٥٦٩ .

المبحث الثانى
تطور النظرية فى القوانين
القديمة

يعد القانون المصرى من أقدم القوانين التى ظهرت على وجه الأرض يليه القانون الرومانى فالكنسى وأخيرا قوانين أوربا القديمة ٠

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى المطالب الآتية : ــ

المطلب الأول : النظرية فى القانون الفرعونى ٠

المطلب الثانى : النظرية فى القانون الاغريقى والبطلمى ٠

المطلب الثالث : النظرية فى القانون الرومانى ٠

المطلب الرابع : النظرية فى القانون الكنسى ٠

المطلب الخامس : النظرية فى القوانين الأوربيه فى القرون الوسطى٠

ونتولى الكلام تفصيلا عن كل مطلب تباعا ٠

المطلب الأول

النظرية فى القانون الفرعونى

من ٣٢٠٠ ق. م — ٣٣٢ ق. م

عرف القانون الفرعونى نظرية الالتزامات وخاصة أهم مصادرها وهو العقد وبالذات عقد البيع والايجار والقرض ... الخ . (١٨)

واذا تطرقنا للحديث عن نظرية الظروف الطارئة فى هذا المقام فاننا لانجد لها بناء متكاملا بل يكاد يخفت ضوؤها الا بصيصا منه فى بعض التطبيقات المتناثرة .

فالمدين مثلا لم يكن ليشفع لنكوله عن الوفاء بالتزامه هلاك محصوله لسبب خارج عن ارادته كالكوارث الطبيعية .

وقد ورد بوثيقة ذم المهن وصف لحياة الفلاح فأشارت الى أنه أحيانا ينتهى محصول الفلاح الذى يفنى حياته فى جمعه بأن يهلك اثر حدث طبيعى أو أن تأكله الفئران أو الطيور أو المواشى أو الحيوانات المفترسة أو يستولى عليه اللصوص وفى هذا الحين يأتى محصلو الضرائب وتكون معهم الكارثة الكبرى يضربون الفلاح فى غير مارحمة يطرحونه أرضا ويوثقونه بالحبال ويلقونه فى الماء ويخرجونه منه ورأسه الى أسفل وامرأته مكتوفة الأيدى أمامه وأولاده مقيدون بالسلاسل وقد تخلى عنه جيرانه . (١٩)

---

١٨ — د. محمود السقا — تاريخ القانون المصرى طبعة سنة ١٩٧٠ ص ١٦٢ ومابعدها ، د. محمود سلام زناتى — تاريخ القانون المصرى طبعة سنة ١٩٧٣ ص ١٨٩ ، د. شفيق شحاتة التاريخ العام للقانون فى مصر القديمة والحديثة طبعة سنة ١٩٦٢ ص ٥٢ .

١٩ — د. محمود السقا — المرجع السابق ص ١١١ .

ورغم ما فى النموذج السابق من قسوة بالمدين رغم أن ماحدث لايد له فيه وخارج عن ارادته الا أننا نرى بعض المظاهر التى يمكن اعتبارها مرحلة تمهيدية لنظرية الظروف الطارئة ويظهر ذلك فى أماكن متفرقة من نظرية الالتزام ٠

ففى عقد الايجار عثر على مرسوم كان يجيز انهاء العقد لوفاة المستأجر وليس معنى ذلك أن عقد الايجار كان يستغرق حياة المستأجر بل على العكس كان يمكن انهاؤه حال حياته كعقد الايجار الذى ينعقد قبل انشاء المؤسسة فانه يعتبر مفسوخا اذ كان نظام المؤسسات يقوم على رصد بعض الأموال لتقديم القرابين الى الآلهة ومعنى ذلك أن الشخص اذا خصص مالا له لتقديم القرابين فان عقود الايجار التى كان محلها هذا المال تفسخ (٢٠) وذلك لأن المال فى هذه الحالة يخرج عن دائرة التعامل.(٢١)

ولقد عثر على عدة وثائق من عهد الأسرة الثامنة عشرة تتضمن عقودا موضوعها استئجار الرقيق للخدمة وهو مايسمى بعقد اجارة الأشخاص سواء كان محل الاجارة عبدا أو جارية والمهم هو ماورد فى هذا العقد من أنه اذا حالت ظروف الرقيق دون قيامه بالخدمة المطلوبة فيكون على المؤجر أن يعوض المستأجر عن مدة التعطيل. (٢٢)

ولقد ورد فى احدى الوثائق : يعلن المؤجر (السيد) أنه استوفى أجرة الجارية جميعها ويقسم بآمون والملك أنه اذا تعطلت الجارية عن

٢٠ ــ د٠ شفيق شحاته ــ المرجع السابق ص٦١ مقروءة مع هامش (٤) ٠

٢١ ــ المرجع السابق ص ٥٢ ٠

٢٢ ــ المرجع السابق ص٢٠٨ ومابعدها ، د٠ محمود السقا ــ المرجع السابق ص١٦٩ ، د٠ محمود سلام زناتى ــ المرجع السابق ص١٩٤ ٠

الخدمة خلال مدة الايجار (وهى يومان) سوف يعمل حساب ذلك شعتا بشعت.

وتنص الوثائق فى أحيان أخرى على التزام السيد بتعويض المستأجر اذا لم يتمكن العبد من أداء العمل المتفق عليه سواء بسبب تعطله أو بسبب تعرض الغير وادعائه حقا عليه. (٢٣)

وتجدر الاشارة بأن الشعت كان عبارة عن خاتم أو حلق استخدمها المصريون القدامى لتقويم مختلف السلع وكان يوازى حوالى ٥ ر٧ جرام ذهب. (٢٤)

تطور الأمر فى مصر بعد ذلك قدما نحو التطبيق الأشتراكى ونظرا لأنها بلد زراعى فقد بدت النزعة الاشتراكية واضحة كل الوضوح فى الميدان الزراعى.

وكانت الدولة تقوم بتقسيم الأراضى الزراعية الى أنصبة متساوية وتوزعها على الأسر بعد جعل أحد أفرادها هو المسئول أمامها عن زراعة نصيب الأسرة من الأراضى الموزعة وكان يجب على هذا الشخص أن يقدم بيانا سنويا عن عدد أفراد الأسرة فضلا عن تقديم نسبة من المحصول مقابل الانتفاع بالأرض. (٢٥)

وازاء هذا الوضع الاشتراكى الذى ساد فى مصر فى هذا الوقت كنا نلمح ومضات من بريق نظرية الظروف الطارئة وقد تمثلت تلك الومضات فى

---

٢٣ ـ د. محمود سلام زناتى ـ المرجع السابق ص ١٩٤ ـ ١٩٥ .

٢٤ ـ د. محمود السقا ـ المرجع السابق ص ١٦٦ هامش (١) .

٢٥ ـ وهيب كامل ـ هيرودوت فى مصر ـ دار المعارف طبعة ١٩٤٦ ص ٩٠ .

فسخ عقد المزارعة اذا أهمل المستفيد زراعة الأرض المخصصة له وأيلولة هذه الارض الى أسر أخرى يكون قد زاد عدد أفرادها. وكما هو واضح فبوار الأرض فى هذه الحالة يعد ظرفا طارئا الا أنه نتيجة أهمال المدين ولذلك تحمل هو تبعة ذلك الحادث اذ لو كان هذا البوار بسبب آخر كملوحة التربة مثلا فلاشك أن الشخص كان سيعوض عن هذه الأرض بغيرها.

وكذلك اذا حدث ظرف طارئ تمثل فى فيضان النيل وأدى الى اغراق قطعة الأرض الممنوحة للأسرة أو اذا لم يصلها الماء كانت الدولة تقوم بمنح الأسرة قطعة جديدة. (٢٦)

ولقد أوجز هيرودوت الأحكام السابقة فى مقالته التى يذكر فيها أن : " الملك قد قسم البلاد بين جميع المصريين فأعطى كل فرد مساحة مربعة متساوية فاذا أكل النهر جزءا من المساحة المقررة لأحد الناس ذهب من فوره الى الملك وبين له ماحدث وكان الملك يرسل رجالا يعاينون الأرض و يقيسون المقدار الذى نقص منها حتى يدفع من الضريبة المقررة ما يتكافأ مع الباقى من الأرض. (٢٧)

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل ان الدولة كانت تعوض الشخص عن الخسارة اذا جاءت نتيجة لكوارث طبيعية وقد تزيد له فى نصيبه نظرا لازدياد حاجاته المعيشية. (٢٨)

---

٢٦ ـ د. شفيق شحاته ـ المرجع السابق ص ١٤١ .

٢٧ ـ وهيب كامل ـ المرجع السابق ص ٩٠ .

٢٨ ـ د. شفيق شحاته ـ المرجع السابق ص١٤٢ .

المطلب الثانى

النظرية فى القانون الاغريقى والبطلمى

من ٣٣٢ ق٠ م ــ ٣١ ق٠ م

بادئ ذى بدء يمكن القول بأن الدولة الاغريقية وبعدها البطلمية لم تعرف تطبيقات نظرية الظروف الطارئة يؤكد ذلك نصوص القوانين وماعثر عليه من وثائق٠

وتفصيل ذلك أن العقود كانت تتضمن شروطا تقضى على الطرف الذى لايقوم بتنفيذ التزامه بدفع غرامة لصالح خزينة الدولة أو يكون عرضة للاكراه البدنى ٠ (٢٩)

وقد تنوعت الوسائل المبتدعه لاكراه المدين على تنفيذ التزامه مهما حدث أى بدون اعتداد بما يطرأ من أحداث تعوق تمام التنفيذ أولا تجعله على الوجه الأكمل٠

من ذلك ماورد باحدى الوثائق المكتشفة عام ٢٦٣ ق٠ م والتى تحدد مسئولية الضامنين عن طريق شرط جزائى يلزم المدين أو ضامنه بدفع ضعف أو ثلاثة أضعاف الدين فى حالة عدم الوفاء بالدين أو التأخير فى سداده٠ (٣٠)

وواضح من نص هذه الوثيقة أنها لم تستثن من تطبيق حكمها حالة واحدة ومعنى ذلك أن مبدأ لزوم العقد كان يطبق بقسوة وبحرفية صارمة دون ما اعتداد بظروف المدين أو حتى الظروف التى تحول دون تنفيذه

---

٢٩ ــ د٠ محمود السقا ــ المرجع السابق ص٣٢٣، د٠ صوفى حسن أبو طالب ــ مبادئ تاريخ القانون طبعة ١٩٦٧ ص٥٤٢ ٠

٣٠ ــ د٠ محمود السقا ــ المرجع السابق ص ٣٢٣ ٠

لالتزامه وتكون خارجة عن ارادته كالفيضانات والكوارث الطبيعية فمسئولية المدين كانت غير محدودة حتى لو رجع عدم تنفيذه لالتزامه الى ظروف طارئة أو قوة قاهرة . (٣١)

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أخذ القانون الاغريقي يميل الى جانب الدائنين وبشدة وآية ذلك تلك الوسائل التى عرفها هذا القانون لضمان حقوق الدائنين كقيام المدين بنقل ملكية عين معينة تعادل قيمتها المبلغ الذى أخذه على سبيل الدين على أن يردها الدائن فور استيفائه لحقه . ثم تطور الأمر الى الرهن الحيازى وأخيرا ما يسمى بالبيع الوفائى وصورته أن يقوم المدين ببيع العين المقدمة ضمانا لدائنه مع احتفاظه بحق استردادها عند سداده للدين المستحق عليه. (٣٢)

ورغم ما تقدم من عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة الا أننا نلمح بعض تطبيقات لها فى عقد الايجار .

فكان من حق المستأجر تخفيض قيمة الايجار اذا تعذر عليه استغلال الأرض لسبب خارج عن ارادته مثل عدم توافر المياه اللازمة لرى الأرض (٣٣)

عدا ذلك يمكن القول بأن القانونين الاغريقي والبطلمى لم يعرف كلاهما نظرية الظروف الطارئة .

---

٣١ ـ د. محمود السقا ـ المرجع السابق ص ٣٢٤ ، د. محمود سلام زناتى ـ المرجع السابق ص ٣٢٣ .

٣٢ ـ د. محمود السقا ـ المرجع السابق ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

٣٣ ـ د. محمود سلام زناتى ـ المرجع السابق ص ٣٢٤ .

المطلب الثالث
النظرية فى القانون الرومانى

صادفت نظرية الظروف الطارئة فى ظل القانون الرومانى نفس سوء الحظ الذى صادفها فى عهد القانون الاغريقى فلم يؤخذ بها فى بداية عهد القانون الرومانى وذلك لتأثر الرومان بالثقافة الاغريقية خاصة بالمدرسة الرواقية والابيقورية من ناحية ولمفهومهم الخاص عن العدالة من ناحية أخرى (٣٤)

فالعدالة لها تعريفات متعددة عند الرومان فقد عرفها الفقيه البيانوس بأنها :ـ " ارادة دائمة دائبة لايتاء كل ذى حق حقة " . ويعرفها شيشرون بأنها : " عادة ايتاء كل ذى حق حقه دون المساس بالصالح العام " . وواضح مدى تاثر الفلاسفة الرومان بالفلسفة الاغريقية والتى كانت ترى أن الانسان يرتبط بغيره فى المجتمع بعدة روابط وفى سبيل تنظيمها استغل الانسان ما وهب من أفكار بقصد ايتاء كل ذى حق حقه ومن مجموع هذه الأفكار يتكون القانون ولذلك يقول البيانوس وجستنيان : " القواعد التى يقوم عليها الشرع تتحصل فيما يلى : استقامة السير فى الحياة وعدم ايذاء أحد وايتاء كل ذى حق حقة " . (٣٥)

ولعل فقهاء الرومان انطلاقا من مفهومهم الخاص عن العدالة قد رأوا فى ضرورة حصول الدائن على حقه كاملا من المدين نوعا من العدالة يبرر الضرب على يد الأخير وأخذه بالعسف والقسوة فى سبيل اجباره على أداء التزامه مع غض الطرف عما أحاط به من ظروف قد تكون فى معظمها

---

٣٤ ـ د. صوفى حسن أبو طالب ـ المرجع السابق ص٣٤٠ مقروءة مع هامش (٣)

٣٥ ـ المرجع السابق ص ٣٣٧ مقروءة مع هامش (٢) .

خارجة عن ارادته بل قد يشترك مجموعة من المدينين فى الخضوع لظـــروف واحدة متشابهة أو متطابقة تحول دون تنفيذ الالتزام أصلا أو تقلل من حجم الأداء ومع ذلك وتطبيقا لفكرة اعطاء كل ذى حق حقه لا يلتفت لتلك الظروف وهذا أمر جد عجيب فما ذنب المدين أن ينفذ فى ظروف غير مواتية وبطريقة قد تجر عليه من الخراب ما يأتى على الأخضر واليابس من ثروته أليس مـــن العدل أن ينظر لقاعدة اعطاء كل ذى حق حقه بمعيار مرن يتلاءم مع كـــل حالة على حدة بحيث يمكن القول بأن تلك القاعدة تمثل الاطار العام فـــى تنفيذ الالتزامات مع نوع من المرونة داخل هذا الاطار لتطويعه لكل حالـــة مع عدم الخروج عليه ؟ .

ولانجد تفسيرا ولا اجابة على مايثور من تساؤلات سوى أن الضمير الخلقى فى هذا الوقت كان آسبق من القانون فى ضرورة الاعتراف بوجود صلة بين تغير الظروف السائدة وقت ابرام العقد وبين بقاء العلاقات الرضائية. (٣٦)

الا أن بعض الفقهاء المحدثين يرون رغم ذلك أن بعض فقهاء الرومان قد اعترفوا بهذه النظرية وقد استلهموا ماذهبوا اليه من عبارات كل مـــن الفقيه paul , africanus .

فيقول الفقية (paul) : " ينقضى الالتزام اذا جد ظرف ما كـــان يمكن أن ينشأ فيه الالتزام ومع ذلك فليس هذا صحيحا فى كل الحالات" .

ويقول " a fricanus ": " اذا اشترط شخص على أن يدفع لـــه أو لشخص آخر يسمى تيبتوس مبلغا من المال فالوفاء لتيبتوس يكون صحيحـــا اذا لم تتغير حالته المدنية (أى شخصيته القانونية) ولا يصح الوفـــاء لتيبتوس اذا تغيرت حالته المدنية بأن صار شخصا آخر أو نفى أو وقعـــت

٣٦ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٥٨ .

عليه عقوبة الحرمان من الماء والنار أو اذا أصبح رقيقا وذلك لأن الاشـتراط يتضمن شرطا مؤداه : اذا بقى الشخص فى نفس الحالة المدنية التى كـان عليها وقت الاشتراط . (٣٧)

ولقد انتهز المعارضون لوجود فكرة الظروف الطارئة فى القانون الرومانى وبرروا ماذكره أفريكانوس على أنه لايشر الى فكرة الظروف الطارئة بل يتعلـق بمسألة الأهلية بمعنى أن الوفاء الحاصل للشخص يصبح غير صحيح اذا فقد الشخص أهليته .

وبصرف النظر عما علق به الفقهاء على عبارة أفريكانوس الا أن الاتجـاه الفقهى السائد يرى أن القانون الرومانى يجهل نظرية الظروف الطارئـة حتى أن ما ترد د فى عبارات الفقهاء الرومان أمثال paul جاء فى عبـارات غامضة لايمكن القول معها بوجود النظرية . (٣٨)

ولا يقدح فيما سبق ما كان يعطى للحاكم الرومانى المسمى البريتـور من سلطة تتمثل فى جواز اصداره لمنشورات فى ظروف خاصة لحالات طارئة وهى ما يسمى بالمنشورات الطارئة فقد يعتبر البعض مثل هذه السلطـة منفذا يمرق من خلاله البريتور الى تطبيقات النظرية لرفع الارهاق عن كاهل المدين خاصة وأنه كان من سلطة هذا الحاكم أن يأمر برد الحالة الى مـا كانت عليه تماما مما يوصله الى الغاء أثر بعض العقود .

وهذا الافتراض لو كان محل ادعاء من أحد فهو مردود لسبب بسيط وهو أن هذه المنشورات لاتعد بحال من الأحوال بمثابة تشريعات لأن البريتـور

---

٣٧ ــ د. محمد عبد الجواد ــ الغبن اللاحق والظروف الطارئة ــ مجلـة القانون والاقتصاد السنة ٣٣ سنة ١٩٦٣ ص ١٥٨ .

٣٨ ــ المرجع السابق ص ١٥٩ .

لا يملك سلطة التشريع ولا يكون منشوره ملزما الا فى دائرة اختصاصه ولمدة ولايته فقط. (٣٩)

وعلى ذلك يمكن القول بأن نظرية الظروف الطارئة لم تعرف لها طريقا لدى القانون الرومانى .

الا أن هذا الأمر لم يدم طويلا فقد توثقت صلة الرومان بالثقافة الاغريقية منذ القرن الثانى (ق. م) حتى بلغ الأمر ذروته حينما أخضعت روما بلاد الاغريق لحكمها نهائيا عام (١٤٦ ق. م) وبدأ يظهر بين الرومان أتباع للمدارس الاغريقية المختلفة وكانت فلسفة المدرسة الرواقية بصفة خاصة هى المنتشرة بينهم ومن أشهر أتباع تلك المدرسة شيشرون وسينيك. (٤٠)

واذا كان الغموض قد احتضن عبارات الفقهاء الرومان لدرجة لا يمكن معها اعتبارها أساسا لنظرية الظروف الطارئة الا أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لفقيهى الفلسفة الرومانية واللذين جرت عباراتهم على نحو يمكن القول معه بأنها أساس للأخذ بنظرية الظروف الطارئة. (٤١)

---

٣٩ ــ د. شفيق شحاته ــ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى طبعة ١٩٦٣ ص١٧ ومابعدها ، د. محمد عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدراوى ــ مبادئ تاريخ القانون الرومانى ــ تاريخه ونظمه ص ٦٣ ومابعدها .

٤٠ ــ د. صوفى حسن أبو طالب ــ المرجع السابق ص. ٣٤ هامش(٣) ، د. محمد عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص. ٨ ومابعدها .

٤١ ــ د. محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص١٥٩ ــ ١٦٠ .

وكان مما قاله شيشرون أنه : " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب " (٤٢)
وقوله أيضا : " لا يجب التمسك بالوعود التى تصبح ضارة بمن صدرت لهم
واذا أصبح التعهد الذى أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من
النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفا للواجب أن الفائدة الأكبر تفضل
على الأقل . (٤٣)

وتجرى عبارة سينيك ترد د مضمون ماردده سلفه بقوله : " أنا لا اعتبر
حانثا لعهدى ولا يمكن اتهامى بعدم الوفاء الا اذا بقيت الأمور على ما هى
عليه وقت التزامى ثم لم أنفذه والتغير الذى يطرأ على أمر واحد يجعلنى حرا
فى أن أناقش التزامى من جديد ويخلصنى من كلامى الذى أعطيته ويجب
أن يبقى كل شئ على حالته التى كان عليها فى الوقت الذى تعهدت فيه

---

٤٢ — " lorseque le temps chqnge le devoir change"

٤٣ — " il ne faut donc pas tenir les promesses qui seraient funistes à ceux qui les ont reçues et si un engagement vous apportait plus de préjud- ice que d'avantage à celui envers qui vous l'av- ez pris il ne serait pas contre le devoir que l'intèrvêt le plus grand passât avant le moin- dre " .

لكى أستطيع المحافظة على كلامى . (٤٤)

وبذلك يمكن القول أن الفلسفة الرومانية قد رددت الاطار العام لنظرية الظروف الطارئة بل لانجاوز الحقيقة اذا قلنا بأن شيشرون وسينيك هما أول من وضع أساس هذه النظرية ومضمونه أن العقد يبقى مستمرا ما استمرت نفس الظروف التى أبرم فيها (٤٥) وهو مايعرف باسم شرط بقاء الأمور على ماهى عليه أو الشرط الضمنى .

---

٤٤ ـ " Je n'aurai tarhi mon engagement on ne m'accusera d'infidélité que si toutes choses étant dans le même état qu'au moment de mon obligation je manque à l'exécuter, un seul point changé me laisse libre de délibérer de nonveau et je me dégage de ma parole tont doit être dans le même état que lorseque je t'ai promis pour que ta puisses dire que tu as ma parole.

٤٥ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٥٨ .

المطلب الرابع
النظرية فى القانون الكنسى
" Droit canonique "

ظهر القانون الكنسى نتيجة محاربة أباطرة الرومان للدين المسيحى وتفصيل ذلك أن الدولة الرومانية حاربت المسيحية وتعقبت كل مظاهرها فما كان من الكنيسة الا أن نظمت نفسها لتنشىء نظاما متكاملا يغنيها هى وأتباعها عن الدولة فقسمت الدولة الى مناطق ادارية وعلى رأس كل منطقة تابع للكنيسة يرعى شئونها ٠ وكان أمرا منطقيا أن يكون من بين مظاهر التنظيم سن التشريعات والتى عرفت باسم القانون الكنسى الذى تناول تنظيم العلاقات الاجتماعية وكانت قواعدة مقتبسة من مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة بالاضافة الى بعض قواعد القانون الوضعى بعد تهذيبها لتتمشى مع الأسس الخلقية والفلسفية التى قام عليها الدين المسيحى ٠

وبعد أن أصبح الدين المسيحى دينا رسميا للدولة الرومانية اعترف أباطرة الرومان بالقانون الكنسى وباختصاص المحاكم الكنسية ٠ (٤٦)

ويكاد يجمع الفقه على أن القانون الكنسى قد عرف نظرية الظروف الطارئة وطبقها فى مناسبات عديدة ٠ (٤٧)

---

٤٦ ـ د٠ صوفى حسن أبو طالب ـ المرجع السابق ص ٢٥٠ ومابعدها ٠

٤٧ ـ من هؤلاء الفقهاء: د٠ السنهورى ـ المرجع السابق ص٦٨٥ ، د٠ حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص٣١٧ ، د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص٢١٩ ، أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص٢١٧ ٠

ولا شك أن معرفة القانون الكنسى للنظرية يعد أمرا منطقيا لأن الدين المسيحى قوامه العدالة ومبادئ الأخلاق والتسامح ولذلك كان طبيعيا أن تنبت على يد هذا القانون المبادئ التى طالما تعطش لها فلاسفة الرومان وتغنوا بها فى كتاباتهم العديدة وظلت حبيسة تلك الكتابات الى أن آن لها أن تخرج الى حيز التطبيق .

ويمكن القول بأن هذه النظرية قد نشأت فى أحضان مبادئ الفلسفة والأخلاق نتيجة تأثر فقهاء القانون الكنسى من أمثال جرانيان وتوما الأكوين وبارتولوميودى بريشيا وبالفلسفة الرومانية ولذا قال بعض الفقهاء بأن : " نظرية الظروف الطارئة قد تكونت فى الضمير الخلقى اكثر مما تكونت فى الضمير القانونى " . (٤٨)

واذا كانت العدالة التى ساد مفهومها لدى فقهاء الرومان تقتضى ضرورة التزام كل طرف بتنفيذ ما قطعه على نفسه من تعهدات فى العقد واعتبار عدم الوفاء بالتعهد *(le manquement à la foi jurée)* نوعا من الخطيئة *(peché)*(٤٩) الا أنه من الأعدل أن يعاد النظر فى هذه التعهدات اذا تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت ابرام العقد والقول بغير ذلك فيه فتح لباب الغبن والربا واللذين تحرمهما الشريعة المسيحية وقواعد العدالة والأخلاق ومن هذا المنطلق جاء اعتراف القانون الكنسى بنظرية الظروف الطارئة .

---

٤٨ ـ *"l'idée d'imprévision s'instaure plutôt dans la conscience morale que dans la conscience juridique ".*
د. محمد عبد الجواد المرجع السابق ص١٦١ .

٤٩ ـ المرجع السابق ص ١٦٠ .

على أنه يمكن القول بأن روح المسيحية قد تجاوزت مجرد الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة لأنه اذا كان الهدف من تلك النظرية هو اقالة الطرف المرهق من عثرته واشاعة روح العدل والمساواة بين العاقدين اذا كان الهدف هو ذلك فاننا نقرر أن الاعتراف بالنظرية وحده لا يكفى لتحقيق هذا الهدف لأن مظاهر المعاملات لا تقف عند هذا الحد بل يجب أن توجد مبادئ أخرى تعالج نظرية المعاملات وتستكمل اطارها . وهذا ماحدث بالفعل بطريقه يمكن معها القول بأنه قد تبلورت ثلاثة مبادئ هامة سادت التعامل فى ظل القانون الكنسى وتلك المبادئ هى : ــ

(١) **مبدأ الثمن العادل :** (le juste prix)

ومضمون هذا المبدأ أن : كل سلعة وكل خدمة يجب أن يكون لها فى وقت معين وفى سوق معين ثمن عادل مناسب لا يعتمد على ارادة المتبايعين ولا على رغباتهما أو حاجاتهما ولا على أى شىء يتعلق بالفرد . (٥٠)

(٢) **مبدأ تحريم القرض بفائدة :** (la prohibition du prêt à intérêt)

ويتمثل هذا المبدأ فى تحريم الربا (l'usure) فى جميع صوره.

---

٥٠ ــ " pour toute marchandise. Pour tout service ,il y a et il doit y avoir à un moment donné et sur un marché donné un juste prix equivalent lequel ne depend pas de la volonté des echangistes, ni de leurs désirs ou besoin ni de quoi que ce soit d'individuel".

وقد عبر أحد فقهاء القانون الكنسي عن تلك المبادئ بقوله : ضع نفسك دائما في مكان من تعامله وضع من تعامله في مكانك وبذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكما عادلا فاجعل نفسك بائعا اذا اشتريت ومشتريا اذا بعت وبذلك تبيع وتشترى بالعدل ٠ (٥١)

وأخيرا فلقد أسس القانون الكنسي نظرية الظروف الطارئة على أساس وجود شرط ضمني ببقاء الأمور على ما هي عليه clause rebus sic stantibus وقت ابرام العقد فاذا تغيرت تلك الظروف فان تنفيذ العقد يصبح جائرا بالنسبة لأحد المتعاقدين مما يبرر اعادة النظر في التزامات العقد لرفع الظلم عن الطرف المرهق ٠ (٥٢)

ولقد ورد هذا الشرط في بعض أقوال فقهاء القانون الكنسي والتي ذكر فيها أن : " العقود المستمرة التي تنتج آثارها في المستقبل يفترض فيها بقاء الظروف التي انعقدت في ظلها على ما هي عليه" (٥٣)

---

٥١ ـ " *mettez - vous toujours à la place du prochain et le mettez en la votre et vous jugerez bien rendez- vous vendeur en achetant et acheteur en vendant et vous vendez et achetez justement* ".

د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٥٢ ـ ١٥٣ ٠

٥٢ ـ د٠ السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٥٦ ٠

٥٣ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٦٠ ٠

المطلب الخامس
النظرية فى القوانين الأوربية
فى القرون الوسطى

عند بحث وضع نظرية الظروف الطارئة فى القوانين الأوربية فى القرون الوسطى وهى التى تسبق الحديثة مباشرة فاننا يجب أن نؤكد على حقيقة هامة وهى أنه مازالت أفكار القانون الكنسى التقدمية عالقة بالأذهان بل ويزداد مريدوها يوما بعد يوم خاصة وأن مشرعى أوربا يقتفون أثر القانونين الرومانى والكنسى فيما يصدرونه من تشريعات .

ولما كانت قواعد القانون الكنسى تقوم على مبادئ العدالة والأخلاق فقد كان حريا أن تصبغ مبادئه التشريعات الأوربية ومما يزيد الأمر أهمية أن الدول الأوربية تكاد تعتنق المسيحية ديانة لها والتى يعد القانون الكنسى تطبيقا لمبادئ تلك الديانة .

ولذلك لم يكن غريبا أن فتح أوربا ذراعيها لتحتضن مبادئ هذا القانون وتسير على هديها خاصة قوانين فرنسا وايطاليا وألمانيا .

ويثور التساؤل عن مدى حظ تلك القوانين الثلاثة من تلك النظرية ؟ للاجابة على هذا التساؤل يجب أن نتناول موقف كل قانون على حدة فى فرع مستقل كالآتى : ـ

الفرع الأول : النظرية فى القانون الفرنسى القديم .
الفرع الثانى : النظرية فى القانون الايطالى .
الفرع الثالث : النظرية فى القانون الألمانى .

الفرع الأول
النظرية فى القانون الفرنسى القديم

يمكن القول بأن مبادئ القانون الكنسى قد عرفت طريقها الى القانون الفرنسى القديم واعتنقها الفقهاء الفرنسيين الا أن درجة الأخذ بكل مبدأ من هذه المبادئ قد اختلفت فبينما نرى أن مبدأ سلطان الارادة قد أخذ بلب السواد الأعظم من الفقهاء الفرنسيين نجد فى المقابل أن حظ نظرية الظروف الطارئة كان عثرا ولم تصادف هوى لدى المشرع الفرنسى ولذلك كان ينفر منها ولم يعترف بها فى نصوص تقنيناته وقد شايعه فى ذلك جزء من الفقه ليس بالقليل ومن أشهر هؤلاء الفقهاء Donaux , Grujas وللأسف كانت آراء هؤلاء الفقهاء هى المعين الذى استقت منه مجموعه نابليون (code napoleon)نصوصها .

وليس معنى ذلك أن باقى الفقه الفرنسى قد صم أذنيه عن الاستماع لمبادئ تلك النظرية اذ أننا نجد من آزرها وحاكى مبادئها خاصة شرط بقاء الأمور على ماهى عليه (rebus sic stantibus)ومن هؤلاء الفقهاء tiraqueau , andré alciat .

وغير أن هذه المحاولات الفقهية وان حازت أذنا مستمعة الا أن قلب المشرع الفرنسى كان منها فى صمم ولذا لم ترقى الى مرتبة التقنين بل ظلت حبيسة الأمثال القانونية (maxines) (٥٤)

وازاء هذا التشرد والازدراء لتلك النظرية كان لابد من مبرر قوى لمواجهة التيارات العاتية التى تطالب بالاعتراف بالنظرية خاصة وأنها

---

٥٤ ــ د. محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص ١٦١ .

تقوم على مبدآ التسامح وقواعد العدالة والأخلاق وتلك المبادئ مطلب عزيز لدى كل الشعوب أضف الى كل ذلك المد التشريعى فى كافة الدول والذى احتوى فى داخله مبادئ من هذه النظرية ان لم تكن مبادئها كلها ٠

ولقد وجد معارضو النظرية ضالتهم المنشودة فى مبدأ لزوم العقد فسلطان الارادة على نحو ما بينا يقوم على ضرورة اعطاء الحرية للارادة لتختار بنفسها ضوابط الالتزام ومداه على أن توفى بما قطعته على نفسها من عهد يعد فى لزومه أقوى من سلطان القانون ولذلك فلا عجب أن يتمخض عن مبدا آخر يترجم هذه المعانى وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين "٠

وعلى ذلك فمنذ أن قامت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ كانت الحرية الفردية هى محور الارتكاز لهذه الثورة التى عملت على صيانة الحقوق والحريات وقد تبلور ذلك فى اصدار الاعلان العالمى لحقوق الانسان والمواطن عشية قيام تلك الثورة ٠

وفى ظل هذا الجو المشبع بروح الفردية صدرت مجموعة نابليون (code napoleon) والتى أرست مبادئ الالتزامات وقوامها أن الاتفاقات بين الأفراد تقوم مقام القانون (العقد شريعة المتعاقدين) ولا يجوز المساس بها الا برضاء كلا الطرفين أو للأسباب التى يقرها القانون حتى لو طرأت ظروف عبثت بالتوازن الاقتصادى للعقد على نحو يخل بالتعادل بين الالتزامات٠ (٥٥)

٥٥ ــ عبد السلام الترمانينى ــ سلطة القاضى فى تعديل العقود ــ مجلة المحاماة الـ ٤١ العدد ٦ فبراير ١٩٦١ ص٩٠٣ ، د٠ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٥٥٩ ، أسعد الكورانى ــ المرجع السابق ص٢١٨ ، د٠ السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٥٧ ٠ د٠ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص ٢١٩ ٠

ولقد أدلى الفقه بدلوه لتأكيد المبدأ السابق (لزوم العقد) ومن ذلك ماذكره أنتوان لويزيل (antoine loysel)في مؤلفه بعنوان " النظم العرفية " " institutes coutumiéres " من أنه : " كما تربط الثيران من قرونها يربط الانسان من لسانه" (٥٦) ولاشك أن هذا المثال يترجم بوضوح أن الالتزام العقدى لا فكاك منه بالنسبة للأداء طالما لم يستحل عليه ذلك فكأن المدين يساق الى التنفيذ رغم أنفه كما تساق الثيران الى ما يحقق رغبة الراعى . هذا هو مغزى المثال وان كان لنا اعتراض على نوع المقيس عليه لأنه لا يجمل بالانسان أن يوضع فى مثل هذا القالب من القياس الا اننا نعود ونقرر أن تلك الأمثال تنبع من أعراف الشعوب والتى تختلف باختلاف البيئات والتقاليد والنمط الخلقى السائد .

وأمام هذا الحشد الهائل من الازدراء ومعاداة نظرية الظروف الطارئة لم تكن بيد القاضى ادنى سلطة لاعادة النظر فى التزامات العقد ولم يجد مفرا من انزال حكم القانون على المدين المرهق مهما كانت قسوة هذا الحكم بالقياس لما ألم بالمدين من ظروف تجعل تنفيذ التزامه ضربا من ضروب الكلفة والمشقة مع ما يستتبع ذلك من خسارة فادحة قد تؤدى الى الخراب.

واذا كان الحال كذلك فى مجال الفقه والتشريع الا أنه كان لأساتذة القانون موقف مغاير فقد تعرضوا لدراسة النظرية قبل وضع مجموعة نابليون ومن أهم هؤلاء (dunod de charmage) استاذ القانون الكنسى والمدنى بجامعة (besançon)والأستاذ(jean joseph julien)

---

٥٦ ــ antoine loysel institutes coutumierés op cit p n° 357 . P. 359 .

المحامى والأستاذ بجامعة (Aix) ٠

وتتبلور وجهة نظر هؤلاء الأساتذة فيما ذهبوا اليه فى ضرورة أن يتمشى العقد المستمر مع الظروف(soit adopté aux eirconstances) لأن ذلك أقرب للعدالة (l'equité) خاصة اذا بلغت هذه الظروف حدا يجعل تنفيذ العقد — فى ظلها — غير عادل(٥٧) (injuste)

ولسائل أن يسأل : أين موقف القضاء من تلك الأحداث؟ ٠
نستطيع القول بان رياح التغيير التى هبت على المجتمع الفرنسى مع مقدم الثورة هيأت المناخ ولو جزئيا لنظرية الظروف الطارئة لتجد طريقها الى التطبيق وحاصل ذلك يتمثل فى مجموعة الحروب والأزمات الاقتصادية الطاحنة التى أطلت برؤوسها على المجتمع الفرنسى فأتت على الأخضر واليابس وأهلكت الحرث والنسل بدرجة فاقت كل توقع وجاوزت كل تصور مما جعل القضاء الفرنسى يميل بعض الشيء للأخذ بنظرية الظروف الطارئة لازالة التعارض القائم بين معطيات القانون المطبق والوضع الاقتصادى المتردى من حيث الواقع٠ (٥٨)

وعلى ذلك طبق برلمان جرينوبل (parlement de grenoble) فى ١٦٣٤/٣/٢ أحكام النظرية تطبيقا صريحا ومباشرا وتخلص وقائع هذه القضية فى عقد ايجار أحد المخابز العمومية (fours banaux) وكانت القيمة الايجارية قد صارت تافهة بمرور الزمن بالقياس لارتفاع الأسعار وتكلفة الخدمات فقامت المحكمة بزيادة القيمة الايجارية وكان أساس الحكم هو

---

٥٧ — د٠ محمد عبد الجواد — المرجع السابق ص ١٦٢ ٠

٥٨ — د٠ حسين عامر — المرجع السابق ص ٦٤ ٠

- jean - louis mouralis " imprévision ". op.cit no. 8 .

اعتبارات العادلة . (٥٩)

وتجدر الاشارة الى أن كلمة برلمان تشير الى بعض جهات القضاء في فرنسا .

وبذلك يمكن القول بأن موقف الفقه والقضاء الفرنسيين يكاد يجمع على معاداة نظرية الظروف الطارئة اقتداء بموقف المشرع الفرنسي من ذلك .

---

٥٩ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٦٢ .

- marcel planiol et georges ripert, traité pratique de Droit civil français n°391.P.544.

الفرع الثانى
النظرية فى القانون الايطالى القديم

كان القانون الايطالى يدور فى فلك القانون الفرنسى باستثناء فروق بسيطة فى التطبيق سنتعرف عليها عند تناول موقف القانون الايطالى من النظرية .

الا أنه يمكن القول فى الجملة بأن المشرع الايطالى القديم قد تطابق موقفه مع المشرع الفرنسى فى عدم الأخذ بالنظرية وتبنى نفس العلة الفرنسية فى هذا المجال وهى التركيز على مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " وذلك فى قانونه الصادر سنة ١٨٦٦ . (٦٠)

واذا كان هذا هو موقف المشرع الايطالى فان للفقه اتجاه آخر تمثل فى موقف كل من الكاردينال مانتيكا (*mantica*) والكاردينال دى لوكا (*de luca*) .

وقد صاغ الكاردينال (*mantica*) فكرته عن الظروف الطارئة بقوله : " اذا نشأ عن العقد غبن فاحش بعد انعقاده بسبب حدوث ظرف طارئ غير متوقع فان هذا العقد يجب أن يفسخ أو يعدل وذلك بشرط أن يتضمن هذا العقد أداءات متتابعة "*prestations successives*" أو يكون تنفيذه فى المستقبل " *au temps à venir* " وأن ينشأ عن تنفيذه ضرر عام " *préjudice public* " .

كذلك وضع الكاردينال دى لوكا تصوره عن النظرية ففى اعتقاده : أن العقود يجب أن تفسر طبقا للظروف التى عقدت فى ظلها فاذا ماطرأ بعد

٦٠ ــ د. محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص ١٦٥ .

هذا الوقت حادث نشأ عنه زيادة أو نقص فى قيمة التعهد فلا يجب التمسك بالوفاء بالالتزامات التى ينشأ عن تنفيذها ظلم بالغ .

وفى مثل هذه الحالات يجب أن يفسخ العقد .(٦١)

ويمكن على ضوء الاطار الذى حدده الفقيهان السابقان أن نستخلص نطاق نظرية الظروف الطارئة وضوابطها على النحو التالى : ـ

(١) يجب أن نكون بصدد عقد ويشترط اما أن يكون عقدا متراخى التنفيذ أو مستمر التنفيذ .

(٢) أن يحدث بعد ابرام العقد وأثناء تنفيذه ظرف طارئ .

(٣) أن يؤدى هذا الظرف الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وهو ماعبر عنه الفقيهان الكبيران بالضرر العام أو الظلم البالغ .

(٤) يكون الجزاء هو فسخ العقد أو تعديله .

والمتأمل للاطار العام للنظرية بهذا الوضع يرى أنها لا تختلف كثيرا عما تقرره التشريعات الحديثة .

ولم يقف الأمر عند تناول النظرية فقها بل صادف ذلك تطبيقا لأحكامها من جهة القضاء .

فقد طبقت المحاكم الدينية (le tribunaux ecclésiastiques) أحكام النظرية فى مناسبات عديدة خاصة محاكم روما الدينية (٦٢) (la rote romaine) وكان ذلك عن طريق تطويع حكم المادة (١٢٤٤) من القانون المدنى الايطالى وهو الخاص بحض المتعاقد على

٦١ ـ المرجع السابق ص ١٦٣ ـ ١٦٤ .

٦٢ ـ المرجع السابق ص ١٦٤ .

توخى الحرص فى سبيل تنفيذ التزامه كحرص رب الأسرة الحصيف (bon pére de famaille)على رعاية شئون أسرته وكانت المحاكم تنفذ من خلال هذا المبدأ الى تطبيق أحكام النظرية لأن عدم تنفيذ الشخص لالتزامه مع شدة حرصه على التنفيذ يوجب الأخذ بيده واعادة النظر فى التزامه على ضوء ماحدث من ظروف وقد ساعد على ذلك اتساع مجال نظرية القوة القاهرة لمثل ذلك التفسير. (٦٣)

وهكذا فقد سيطر الفكر التقدمى على الفقه والقضاء الايطاليان وبلغ الأمر حدا جعل الفقه يتنبأ بما ستكون عليه أحكام النظرية فأتت أفكار كل من مانتيكا ودى لوكا فى تحديد الاطار العام للنظرية لتتطابق أو تكاد مع الفكر الحديث.

---

٦٣ - lucien campion, la théorie de.l'impréuis-ion etude publié dans la belgique judiciaire, G. de tril. belges et étrangeres , 84 e an. 1926 .

الفرع الثالث
النظرية فى القانون الألمانى القديم

رأينا أن نظرية الظروف الطارئة صادفت أسوأ حظ لها مع المشرع الفرنسى وفقهه وقضائه ثم لم تلق نفس المعاملة فى ايطاليا فبرغم أن المشرع لم يعترف بها الا أن الفقه والقضاء كان لهما موقف مغاير اذ اعترفوا بها وطبقتها المحاكم فى الأقضيه التى تناسبها ٠

وقد كان حظ النظرية وفيرا فى المانيا فقد تحدث عنها الفقه بين موسع ومضيق لنطاق تطبيقها المهم أنها لم تغب عن أذهان الفقهاء ولاقت كل استحسان منهم ٠

ونذكر من بين هؤلاء الفقهاء الذين نادرا بالتوسع فى تطبيقها الفقيه (leyser) الا أن الفقيه (henri gacceji) نادى بوجوب تطبيق النظرية على جميع الأعمال القانونية (tous les actes juridiques) ولكن فى أضيق الحدود وفى حالة الضرورة القصوى (le plus néccessaire) (٦٤)

وفى المجال التشريعى يمكن القول بأنه قد صدرت ثلاثة تشريعات تطبق النظرية وهى : ـ

أولا : صدر قانون سنة ١٧٥٦ وهو المسمى بقانون ماكسيميليان أو مجموعة ماكسيميليان " le code mximilianeus " ٠

وقد نص هذا القانون على أن كل الروابط تشمل ضمنيا

---

٦٤ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٦٥ ٠

(d'une maniére tacite) على شرط بقاء الأمور على ما هى عليه " rebus sic stantibus " .

وهذه الالتزامات تصير غير صحيحة بتغيير الشيء محل الالتزام وذلك بتوافر شروط ثلاثة هى : ـ

(١) ألا يرجع تغير الظروف الى خطأ أو تقصير من المدين .

(٢) ألا يكون من الممكن توقع تغير الظروف. (qu'il n'ait pas été facile à prévoir).

(٣) أن يكون من طبيعة هذا التغير فى الظروف أن المدين لو علم به قبل ابرام العقد (par avance) لما أقدم على التعاقد وذلك طبقا للخلق العادل الأمين (d'aprés le sentiment importial et honnete) للشخص المعقول (personne raisonable).

فاذا توافرت تلك الشروط فان هذا القانون يرتب جزاءا يتمثل فى انقضاء الالتزام أو تعديله. (٦٥)

ثانيا : فى سنة ١٧٩٤ صدر القانون البروسى (lecode prussien) وقد ذكر هذا القانون أن من بين أسباب انحلال العقود (les causes de dissolution des contrats) تغير الظروف غير المتوقع (le changement imprévu des circonstances).

ثالثا : فى سنة ١٨١١ صدر قانون الامبراطورية النمساوية

---

٦٥ ـ المرجع السابق ص١٦٦ ، د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٥٩ مقروءة مع هامش(١) .

. le code jénérale pour l'empir d'autriche

وقد ضيق هذا القانون من نطاق تطبيق النظرية اذ حصـره في حالة واحدة فقط هي حالة مشروع العقد (avant-contrat) وذلك عندما تتغير الظروف في الفترة مابين الاتفاق على مشـروع العقد وانعقاد هذا العقد . (٦٦)

---

٦٦ ــ د. محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص١٦٦ .

المبحث الثالث

تطور النظرية فى القوانين الحديثة

اعترت العالم الحديث متغيرات كثيرة حملت معها مظاهر سيئة تمثلت فى أزمات اقتصادية طاحنة وانقلابات اجتماعية خطيرة أثرت بلا شك على التشريعات الوضعية بما يطرح تساؤلا هاما يدور حول نصيب نظرية الظروف الطارئة ازاء تلك المتغيرات؟ خاصة الحربين العالميتين الأولى والثانية ؟٠

للاجابة على ذلك لابد من تناول موقف القوانين الثلاثة السابقة بالاضافة الى القانون المدنى المصرى٠

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى المطالب الآتيـة : ــ

المطلب الأول : النظرية فى القانون الفرنسى الحديث٠

المطلب الثانى : النظرية فى القانون الايطالى الحديث٠

المطلب الثالث : النظرية فى القانون الألمانى الحديث٠

المطلب الرابع : النظرية فى القانون المدنى المصرى٠

المطلب الاول
النظرية فى القانون الفرنسى الحديث

عند البحث عن موقف القانون الفرنسى الحديث من نظرية الظروف الطارئة فاننا نلمح استمرار الموقف القديم وهو معاداة النظرية وما أشبه الليلة بالبارحة اذ نجد من الفقه تحمسا تجاهها ومن القضاء صد وازدراء أما المشرع فلم يتحرك خطوة ايجابية واحدة تبشر بقرب انفراج الأزمة .

وسوف نتكلم عن وضع النظرية فى القانون الفرنسى الحديث من خلال ثلاثة مراحل تشمل ما قبل الحرب العالمية الأولى ثم أثناء تلك الحرب ثم أثناء الحرب العالمية الثانية ثم نقيم موقف المشرع الفرنسى من النظرية وأخيرا مدى سلامة الموقف الفرنسى .

ونتناول كل نقطة من هذه النقاط الخمس تباعا : ـ

أولا ـ وضع النظرية فيما قبل الحرب العالمية الأولى : ـ

بداية نستطيع القول بأن محكمة النقض الفرنسية ألمحت فى حكمين لها الى الأخذ بالنظرية ونظرا لأهمية هذين الحكمين باعتبارهما بادرة أولى للعودة الى منطق الأمور نشير اليهما فى ايجاز .

صدر الحكم الأول فى ١١/٤/١٨٢١ وقضت فيه المحكمة بأن شرط تطبيق النظرية أن نكون بصدد عقد متتابع الأداءات "*prestation successives*" وبعبارة أخرى يكون عنصر الزمن من العناصر الجوهرية فى العقد كما فى عقد التوريد مثلا. (٦٧)

---

٦٧ ـ -G. Ripert, *la régle morale dans les obligations civiles*, 4 ieme éd, paris 1949, P.145.
-cass. civ. 11 avril 1821, S. 21, 1. 254 .

وقد صدر الحكم الثانى فى ١٨٣٨/٨/٢٠ وحاصل الحكم يتمثل فى قضاء محكمة استئناف باريس بفسخ عقد توريد بضائع بسبب وفاة أحد المتعاقدين وتغير ظروف التنفيذ تغيرا جوهريا .

ولما طعن فى حكم الاستئناف أمام محكمة النقض أيدته استنادا الى المادة (١١٤٧) من المجموعة المدنية الفرنسية والتى تقضى بالزام المدين بدفع تعويض فى حالة عدم تنفيذ العقد أو التأخير فى التنفيذ مالم يكن ذلك راجعا الى ظروف عارضة لايد له فيها ولم يكن فى استطاعته دفعها . (٦٨)

وواضح بالذات من الحكم الأول أنه يقارب فى عناصره معطيات نظرية الظروف الطارئة وكذلك الحكم الثانى غير أن المحكمة أبت الا أن تطبق حكم النظرية تحت مسميات مختلفة مما ينم عن كراهية خاصة وصلت حد مخاصمة الاسم فى حد ذاته وهذا أمر فيه نوع من العجب.

وقد شجع مسلك محكمة النقض المحاكم الدنيا الى أن تحذو حذوها وتطبق أحكام النظرية على واقعات الدعاوى المعروضة عليها اعتقادا منها بأن محكمة النقض عند حسن الظن بالنسبة لهم الا أن الريح لا تأت دائما بما تشتهى السفن فبعد قيام حرب القرم سنة ١٨٥٤ وما نتج عنها من اختلال فى الميزان الاقتصادى وميزان المعاملات قلب كل التوقعات رأسا على عقب فكان منطقيا أن تجنح محاكم الموضوع الى اعادة التوازن المختل فى العلاقات التعاقدية وهذا ماتم بالفعل ولكن عند الطعن فى هذه الأحكام أمام محكمة النقض تراجعت الأخيرة عن موقفها السابق وعادت مرة

---

٦٨ — G. ripert, la régle morale op. cit P. 145 .

أخرى تردد مبدأ القوة الملزمة للعقد وبالتالى لا يشفع للمدين فى سبيل اعادة النظر فى التزاماته حدوث الظرف الطارئ مهما كان مهددا بخسارة فادحة طالما أن الأمر لم يصل حد الاستحالة ·

وكان ذلك بمناسبة قضية تخلص وقائعها فى أن محكمة الاستئناف حكمت بتعديل عقود التأمين ضد خطر التجنيد بسبب صدور قانون جديد يزيد من عدد أفراد الجيش بما يقارب النصف اذ نتج عن صدوره ارتفاع معدل التجنيد عن طريق الاقتراع بدرجة كبيرة مما يترتب عليه تهديد شركات التأمين بالخسارة الفادحه الا أن محكمة النقض ألغت هذا الحكم فى ١٨٥٦/١/٩ · (٦٩)

ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد فمحكمة النقض الفرنسية كانت تنتهز كل مناسبة لتنال من النظرية ولتؤكد عدم اتساع المجال التشريعى والقضائى لمثل هذه النظرية ·

وقد وضح هذا الموقف جليا فى احدى القضايا والتى تعرف باسم قضية قناة كرابون *l'affaire du canal de craponne* وعرضت على محكمة استئناف (*Aix*) ·

وتخلص وقائع هذه القضية فى أن مالكا لاحدى القنوات المائية أبرم أتفاقات مع بعض المستفيدين من هذه المياه فيما بين عامى ١٥٦٠ ـ ١٥٦٧ لرى أراضيهم مقابل جعل معين وبعد مرور ثلاثة قرون على هذا الاتفاق كانت قيم الأشياء قد تبدلت الى الأعلى مما يعنى أن مقابل الانتفاع بالمياه

---

٦٩ ـ *cass. civ. 9 janvier 1856.D. 1856. 1. 33.* -
- *M. planiol et G. ripert op. cit n°391.P.546*-
وكذلك د· السنهورى ـ المرجع السابق ص٨٥٩ ، د· سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص٢٢٠ هامش(١) ، أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص٢١٨ ·

من قبل المستأجرين لا يكفى حتى نفقات صيانة المجرى المائى مما دفع المؤجر مالك القناة أن يرفع الأمر الى القضاء بغرض زيادة المقابل حتى يتمشى مع ارتفاع الأسعار وفى سنة ١٨٧٦ صدر حكم استئناف اكس بتأييد طلبات المالك ورفع قيمة مقابل الانتفاع.

الا أن محكمة النقض الفرنسية لم يرق لها هذا الحكم طالما كان مستلهما من مبادئ نظرية الظروف الطارئة فما كان منها الا أن نقضته وكان مما قالته فى أسباب حكمها أنه : " ليس من اختصاص المحاكم أن تستند على مجرد واقع الظروف وعنصر الزمن لتصل الى تعديل الاتفاقات المبرمة بين الأشخاص وأن تستبدل بشروط جديدة تلك الشروط التى انعقدت عليها الارادة الحرة للمتعاقدين حتى وان بدا لهذه المحاكم أن قراراتها قد تكون اكثر تمشيا مع روح العدالة. (٧٠)

وقد بلغ موقف محكمة النقض الفرنسية فى هذا المجال حد التزمت ففى حكم لها فى ١٩٠٠/٨/٨ قررت أن : " أى اعتبار للعدالة لا يجيز للقضاة أن يعدلوا الاتفاقات التى أبرمها الطرفان والتى تقوم بينهما مقام القانون. (٧١)

---

٧٠ — cass. civ.6 mars 1876,D.1876.1.139,S.76.1.167.

- G.ripert la régle morale.op cit.n°83.P.P.149-150.
- M.planiol et G.ripert. op. cit n°391,P.546 .

— كذلك د. السنهورى — المرجع السابق ص٨٥٩ ، د. سليمان مرقس — المرجع السابق ص٢٢٠ هامش (١) ، أسعد الكورانى — المرجع السابق ص٢١٨ .

٧١ — "aucune considération d'equité ne peut autoriser les juges à modifier arbitrairement les conventions librement et legalement formées entre les parties qui leur tiennent lieu de loi".

— مشار اليه: د. عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٦٣ هامش (٣) .

وبذلك كانت أحكام النقض الرنسية تترى مشبعة بروح العداء للنظرية حتى ليمكن القول بأن أحكام النقض الفرنسى كانت المقبرة التى شيعت اليها نظرية الظروف الطارئة ٠

وازاء هذه المواقف المخيبة لآمال الفقه سقط فى يديه وراح يلتمس مخرجا بديلا عن نظرية الظروف الطارئة بعد أن أشاحت محكمة النقض عن عدائها السافر لها ورأى فى نظرية الغبن اللاحق مخرجا من هذا المأزق وحاصلها أن هناك غبن متعارف عليه وهو ذلك المعاصر لابرام العقد ولكن قد تحدث ظروف طارئة تقلب موازين العقد وتخل بالتعادل القائم بين أداءات كلا الطرفين وقد اعتبر الفقه الفرنسى ذلك من باب الغبن اللاحق لابرام العقد يجيز اعادة النظر فى التزاماته بما يعيد التوازن سيرته الأولى ٠

وواضح ما فى هذا الأمر من تحايل اذ أن الغبن اللاحق ـ كما سنرى ـ والظروف الطارئة مترادفان فى الواقع ولذا لا نسمع بالغبن اللاحق فى الدول التى أخذت بالنظرية ويبدو أن الفقه أراد أن يستر نظرية الظروف الطارئة بهذا الستار حتى لا يثير اشمئزاز محكمة النقض فتعود القهقرى الى موقف العناد ولا تعالج أداءات العقد وفقا لنظرية الغبن اللاحق. (٧٢)

الا أن فكرة الغبن اللاحق (*lésion à postériori*) لم تلق قبولا لدى خصوم نظرية الظروف الطارئة وأشهرهم الفقيه (مازو) ولم يكن اعتراضه لذات الغبن اللاحق لأن هذه الفكرة كانت تطبق عليها ذات أحكام الغبن المعاصر للعقد ولكن كان اعتراضه كما عبر عنه بأن هذه الفكرة تعتبر

---

٧٢ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٩١ ٠

تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة تحت ستار الغبن وهذا يناقض الاتجاه العام للفقه التقليدى ويرى ضرورة " استقرار العقود لأننا فى حاجة الى أن نعيش فى أمان من خطر تعديل الاتفاقات اكثر من حاجتنا الى العدالة. (٧٣)

ثانيا ــ وضع النظرية من خلال آثار الحرب العالمية الأولى : ــ

قامت الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ لتدمر كل شئ وتذيق الشعوب التى اكتوت بنيرانها مرارة التدهور الاقتصادى وانهيار قيمة النقود مع ارتفاع أسعار السلع وندرتها أمام كل ذلك كان لابد من تحرك قضائى لمواجهة هذا الانهيار الذى ألقى بظلال قاتمه على الالتزامات التعاقديه.

وبالفعل تبتن ما كان مظنونا وصدرت عدة أحكام من المحاكم الفرنسية وكان سندها فى تلك الأحكام قواعد نظرية الظروف الطارئة وان لم تصرح تلك المحاكم بذلك بل كانت تؤسس حكمها تارة على أساس القوة القاهرة (la force majeure) وطورا على فكرة السبب la cause ..الخ.

ومن هذه الأحكام ماصدر من محكمة تولوز (toulouse) فى ١٩١٥/١/١ ومحكمة السين (seine) فى ١٩١٥/٥/١ ومحكمة

---

٧٣ ــ " félicitions - nous de voir le législateur s'efforcer d'assurer la stabilité des contrats car plus encore que de justice, nous avons besoin pour viure de securité ".

ــ المرجع السابق ص ٢٠٧ .

روان فى ١٩١٥/٧/٢٧ (٧٤)

ورغم تلك الأحكام وقسوة الظروف التى صدرت فيها فقد نقضت جميعها من قبل محكمة النقض الفرنسية دون تردد ولم تفلح محاولات الفقه لاثناء المحكمة عن هذا الموقف المتشدد . (٧٥)

ومن أمثلة تلك الأحكام ما أصدرته بمناسبة تقلب قيمة الأجرة فى عقود استئجار المواشى كالحكم الصادر فى ١٩٢١/٦/٦ وفى ١٩٢٢/٥/١٦ وفى ١٩٢٣/٧/١٨ . (٧٦)

واذا كان هذا هو موقف القضاء المدنى الفرنسى ومن شايعه من الفقهاء فان الأمر على النقيض من ذلك على صعيد القضاء الادارى الفرنسى الذى احتضن النظرية والتى وجدت أحكامها الطريق ممهدا ميسرا الى المنازعات الادارية واعتبرت من بين العوامل المساعدة لتسيير المرافق العامة

---

٧٤ - toulouse. 1 jan ier 1915, D. 1916-2-112.

- trib.rouen - 27juillet 1915.G.trib 1916-2-414.

- trib.seine 1 mai 1915, G. trib 1915.2.20.

- M.planiol et G. ripert traité pratique de droit civil français op cit n°392. PP. 548 - 549.

٧٥ - jean-louis mouralis, "imprévision" encyc.D. op. cit n°35 .

٧٦ - cass. civ 6 juin 1921. D. 1921.1.73.

- cass. civ 16 mai 1922.D. 1922.1.130.

- cass. civ 18 juill. 1923.D.1925.1.6.

بانتظام واضطراد ٠

واذا أردنا أن نبلور موقف القضاء الادارى الفرنسى من النظرية وعلى رأسة مجلس الدولة فاننا سنجد للنظرية تطبيقات كثيرة منها على سبيل المثال ٠

ماقرره مجلس الدولة الفرنسى سنة ١٨٤٦ من أنه اذا أبرم العقد وقت السلم واستمر تنفيذه الى وقت الحرب فانه يمكن رفع الأسعار عما كان متفقا عليه اذا لم تكن الحرب متوقعة ثم كانت بعد ذلك حرب سنة ١٨٧٠ فى أوربا والتى تعد بداية نشوء هذه النظرية نظرا لما ترتب عليها من أزمات تحتم معها وضع قواعد أساسية لهذه النظرية ٠ (٧٧)

قامت الحرب العالمية الثانية سنة ١٩١٤ وكان شرها مستطيرا اذ قلبت الموازين الاقتصادية وأشرفت بعض الشركات من ذوات الامتياز على الافلاس بسبب الارتفاع الفاحش فى الاسعار ارتفاعا خالف كل التوقعات مما كاد يجر تلك الشركات الى الخراب التام ٠

ولعل أشهر الأقضية التى عرضت على مجلس الدولة الفرنسى قاطبة قضية شركة الغاز بمدينة بوردو ولأهميتها نتناولها بشىء من التفصيل.(٧٨)

وقائع القضية : ــ

تعاقدت شركة الغاز بمدينة بوردو سنة ١٩١٣ مع الادارة على توريد الغاز للمدينة بسعر (٢٨) فرنكا للطن وبعد نشوب الحرب العالمية

---

٧٧ ــ د٠ حسين عامر ــ القوة الملزمة للعقد طبعة سنة ١٩٤٩ ص٩٦ ٠

٧٨ ــ د٠ سليمان الطماوى ــ الأسس العامة للعقود الادارية ــ دراسة مقارنة طبعة ١٩٦٥ ص٦٥١ حيث أشار لهذه القضية ٠

الأولى سنة ١٩١٤ أخذ سعر الفحم فى الازدياد حتى بلغ سنة ١٩١٥ (٧٢) فرنكا للطن فوجدت الشركة أن الأسعار المتفق عليها لاتكفى لتغطية نفقات الادارة ولذلك تقدمت للسلطة مانحة الالتزام مطالبة برفع الأسعار فلما رفضت جهة الادارة الاستجابة الى طلبها وتمسكت بضرورة تنفيذ الالتزام طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين انتهى الأمر الى عرض القضية على مجلس ديوان المحافظة والذى رفض بدوره طلب شركة الغاز.

عرض الأمر بعد ذلك على مجلس الدولة الفرنسي والذى أقر طلب الشركة استنادا لقاعدة دوام سير المرافق العامة بالاضافة الى أن الظروف التى حدثت لم تكن فى الحسبان وأخلت بتوازن العقد اخلالا جسيما مما يجعل للملتزم الحق فى أن يطلب من الادارة ولو مؤقتا المساهمة الى حد ما فى الخسائر التى تلحق به.

تواترت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسى تطبق أحكام النظرية بشكل طبيعى كالحكم الصادر فى ٩ /١٢/١٩٣٢ فى قضية شركة ترام شيربورج. (٧٩)

ثالثا — وضع النظرية من خلال آثار الحرب العالمية الثانية : —

قامت الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٣٩ وفاقت آثارها المدمرة كل تصور فى جميع المجالات. فكان الدخل القومى يستنزف لتعبئة المجهود

---

٧٩ — jean. louis mouralis "imprévision" encyc. D. T.Iv.2 (éd No.10 paris. 1973) .
- C.E. 9 décembre 1932. compagnie des tramways de cherbourg . D. 1932. P. 317.

الحربى ونقصت الموارد نتيجة انصراف الأيدى العاملة لتغذية أتون الحرب.

ونتج عن كل ذلك انقلاب خطير فى التوازن الاقتصادى القائم مع ندرة السلع وما يستتبع ذلك من ارتفاع أسعارها ولم يكن نصيب الالتزامات العقدية بأقل مما أصاب الجو العام. وكثرت الأقضية أمام المحاكم يلوذ أصحابها بالقضاء عله يغيثهم من لهفة ويطمئنهم من جزع اعتقادا منهم أن هذا الموئل سيقع من ظنهم عند حسنه وقد كان كذلك بالنسبة للمحاكم الدنيا الا قليلا منها آثر أن يواكب مشاعر محكمة النقض من النظرية من ذلك حكم محكمة السين التجارية فى ١٩٥٢/٦/٦ والذى قضت فيه برفض تطبيق أحكام النظرية لتعديل شروط أحد العقود نظرا لتقلب قيمة النقود نتيجة ارتفاع أسعار السلع. (٨٠)

وبصرف النظر عن هذا الحكم فان غالبية هذه المحاكم قد قضت بتطبيق أحكام النظرية ولنا أن نتساءل عن موقف محكمة النقض الفرنسية من هذه الأحكام؟

لا جديد يذكر عن هذا الموقف فهو استصحاب لسابقه فجميع الدعاوى التى طبقت فيها المحاكم الدنيا أحكام نظرية الظروف الطارئة نقضتها محكمة النقض الفرنسية وكررت نفس أسباب رفضها وهى عدم جواز التضحية بمبدأ لزوم العقد.

ومن أمثلة أحكام النقض فى هذا المقام الحكم الصادر فى ١٩٤٤/٢/٢١ وفى ١٩٤٤/٥/١٧ وفى ١٩٥٠/١/١٨. (٨١)

٨٠ - trib. civ. seine, 6 juin, 1952. D.1952.735

٨١ - civ. 21.fevr - 1944. G. 1944.1.249.
- civ. 17mai. 1944.G.1944.2.171.
- com. 18janvier. 1950.D. 1950.1.227 .

وبعد أن انتهت الحرب وعادت الأمور سيرتها الأولى وذاق العالم طعم السلام والأمن عادت محكمة النقض الفرنسية كمحاولة أخيرة منها تضع بها النقاط فوق الحروف وتضع المبدأ الذى لا رجعة فيه وهو عدم الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة وكان ذلك بمناسبة بعض الأقضية التى عرضت عليها ومنها الحكم الصادر فى ١٩٦٠/٤/٦ وكذلك الحكم الصادر فى ١٩٦٩/٣/٥ . (٨٢)

ولقد حاول البعض أن يجد لمواقف محكمة النقض العذر فيما ذهبت اليه من معاداة النظرية فعبر عن ذلك بقوله : " ان محكمة النقض لا تنقض حكما الا بيد مرتجفة " . (٨٣)

ولعل القصد من العبارة السابقة أن محكمة النقض تحرص لا شك على استقرار المعاملات ورسوخها ونظرا لأن مبدأ لزوم العقد قد استقر فى الأذهان ورتب الناس معاملاتهم على مقتضاه فلا يليق من رأس القضاء الفرنسى أن تخالف ما استقر عليه التعامل لأن فى ذلك زعزعة للثقة وعدم الاطمئنان الى عدالة القضاء ومن هنا كانت كراهيتها لنظرية الظروف الطارئة .

رابعا — موقف المشرع الفرنسى من النظرية : —

نتيجة لموقف محكمة النقض الفرنسية المتعنت بصدد النظرية ونظرا لأن الواقع العملى قد يكون مؤلما فى بعض الأحيان ولا يحتمل مثل هذا

---

٨٢ — - civ. 6. avril, 1960. D. 1960.1.629.

- civ. 5. mars 1969.D.1969. somm. 77 .

٨٣ — نصيف زكى — اضطراب سعر النقد ونظرية الطارئ المفاجىء — مجلة المحاماة السنة ١٣ — العدد الثانى — نوفمبر ١٩٣٢ ص ١٣٣ .

العنت بل يحتاج الى وقفه صلبة لمواجهة آثار الأزمات خاصة بعد الحربين الطاحنتين وكذا الحروب الفرعية الصغيرة فان المشرع الفرنسى لم يستطع أن يعصب عينيه عما كان يجرى على الساحة أمامه وكانت له آثارها المدمرة على الاقتصاد القومى فضلا عن الفوضى التى عمت الالتزامات العقدية وهددت استقرار المعاملات بل لا نبالغ اذا قلنا بأن مثل هذه الأوضاع قد تفتح لشريعة الغاب منفذا نظرا لأن رمز العدالة وهو القضاء أصبح فى عيون من أضيروا بسبب الظرف الطارئة متجردا من تلك العدالة على الأقل بالنسبة لمصالحهم التى كانت تحوز قدرا من المعقوليه يبرر اعادة النظر فى التزاماتهم المرهقه .

لكل ذلك تدخل المشرع الفرنسى باصدار تشريعات هى بمثابة حلول جزئية فى مناسبات معينة وليست تطبيقا شاملا أو اقرارا لنظرية عامة للظروف الطارئة وكان رائد المشرع فى ذلك أن ما لا يدرك كله لا يترك كله .

ومن أمثلة تلك التشريعات : ـ

---

(١) قانون فايو[٨٤] "failliot" والصادر فى ١٩١٨/١/٢١ لمعالجة آثار الحرب العالمية الأولى وقد حدد له نطاق زمنى بالنسبة لبداية تطبيقة هو نفسه تاريخ نشوب الحرب فى ١٩١٤/٨/١ .

وقد منح هذا القانون ـ بالنسبة للعقود التجارية وعقود التوريد ـ للقاضى سلطة بمقتضاها يخير بين أن يفسخ العقد أو يوقف تنفيذه حتى تنقشع غمامة الحرب اذا تاكدت المحكمة من

---

٨٤ ـ jean-louis mouralis"imprevision" encyc.D. - T.4. 2e.éd op. cit n° 42 .

اختلال التوازن بين الأداءات فى العقد نتيجة ارتفاع الأسعار.

وهذا التشريع يعد تطبيقا مناسبا لنظرية الظروف الطارئة اذ هو يمنح القاضى سلطة تقديرية واسعة غير الفسخ مما يفتح المجال للاستعانة بوسائل عديدة لمعالجه الموقف فضلا عن الفسخ أو توقيف العقد (suspension) يمكن للقاضى أن يعدل من شروطه بل له أن يحكم بالتعويض (indemnité) عن الأضرار التى تصيب المتعاقد نتيجة وقف تنفيذ الالتزام. (٨٥)

(٢) القانون الصادر فى ١٩٣٥/٦/٢٩ (٨٦) وهو خاص ببيع المحلات التجارية فأحيانا يحدث عند بيع المحل التجارى أن تقع ظروف تؤثر على اقتصاديات التاجر وتجعله عاجزا عن أن يوفى بأقساط الثمن ولو لم نسعفه بالتخفيف عن كاهله لأدى ذلك الى خرابه وتدمير تجارته وهى لاشك فرع من الاقتصاد القومى خاصة وأن الأعمال التجارية بمثابة حلقات متصلة ببعضها وأدنى اهتزاز فى أحدها يؤثر فى الآخر.

من هذا المنطلق سارع المشرع باصداره هذا القانون والذى يجيز للقاضى أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالثمن وهى ما نعرفه فى شريعتنا الغراء وقانوننا المدنى بنظرة الميسرة وفضلا عن ذلك يستطيع القاضى أن ينفذ الى تخفيف الالتزام بتخفيض قيمة الفوائد الاتفاقية حتى يستطيع أن يقيل المدين من عثرته.

(٣) كذلك أصدر المشرع الفرنسى قانونا فى ١٩٣٩/٩/٢٦ وهو خاص

---

٨٥ - *jean-louis. mouralis "impréuision" encyc. D. op cit n° 42 .*

٨٦ - *jean-louis mouralis "imprevision" encyc.D. ‘.4. oo ci[illegible] 45 .*

بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (٨٧) وقد أعطى للقاضي سلطة تعديل الالتزامات في العقد اذا ثبت أن ظروف الحرب العالمية الثانية وما استتبع ذلك قد أدى الى اختلال التوازن بين أداءات كل من المؤجر والمستأجر .

(٤) وأخيرا أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٤٩ ـ٥٤٧ الصادر في ١٩٤٩/٤/٢٢ وهذا القانون قد أعطى للقاضي سلطة واسعة لمراجعة الالتزامات التي تأثرت بسبب الحرب العالمية الثانية ومنح القاضي خيارات كثيرة فله أن يفسخ العقد أو يعدل من التزاماته أو يوقف تنفيذ الالتزام في فترة العسرة حتى تمضي وتزول آثارها وله في كل الأحوال أن يأمر بالتعويض لمن أضير بسبب وقف الالتزام المدة التي حددها القاضي. (٨٨)

خامسا ــ مدى سلامة الموقف الفرنسي ازاء النظرية : ــ

استعرضنا موقف المشرع الفرنسي وقضاءه ازاء نظرية الظروف الطارئة وعلمنا أن العناد كان سمة هذا الموقف فمعاداة النظرية كانت هي الفكر السائد في فرنسا حتى اليوم ولقد انبرى أعداء النظرية من الفقهاء الى تبرير عدم الأخذ بها بأساليب شتى.

ومن يدقق النظر في هذه التبريرات يرى أنها لا تعادي النظرية في حد ذاتها بقدر ماتعادي مبدأ العدالة الذي أساؤوا اليه كثيرا وهم يظنون أنهم يحسنون صنعا .

٨٧ ــ jean-louis mouralis "imprevision" encyc.D. - T.4. op cit n° 45 .

٨٨ ــ jean-louis-mouralis "imprévision" encyc.D. - op cit n° 44 .

فحينما نشأ مبدأ سلطان الارادة كان الهدف منه هو وضع الأساس الذى يجب أن يكون عليه الالتزام وحينما خرجوا القواعد على هذا المبدأ انما كان ذلك بدافع الايعاز الى كل متعاقد بضرورة تنفيذ ما قطعه على نفسه من عهد وتحميله مغبة النكول عن هذا التنفيذ انطلاقا من أن الارادة الحرة فى التعاقد يجب أن تكون كذلك فى التنفيذ ٠

ولكن ما بالنا وقد حدث ما يخرج عن طاقة البشر ويجاوزها ولم يكن فى الوسع توقعه وجعل ارادة الانسان اما أن تعجز عن التنفيذ أو تنفذ بنوع من الكلفة والمشقة ولا شك أن مبدأ سلطان الارادة بمفهومة الواسع يأبى أن ينسحب تطبيقه على مثل تلك الحالات ولذلك قرر فقهاء الكنيسة استكمالا لنطاق المبدأ الاعتراف بمبدأ الطوارئ ٠

الا أن الفقهاء الفرنسيين المعادين للنظرية لم يرق لهم الأخذ بهذه النظرية ظنا منهم أن فى الأخذ بها هدم لمبدأ سلطان الارادة خاصة ما تفرع عنه من لزوم العقد أو مايعبر عنه بأن " العقد شريعة المتعاقدين " *pacta sunt servanda* " وراحوا يروجون للمبررات والحجج التى يصفون بها ما يكون عليه حال الالتزام التعاقدى اذا ابتلى التشريع الفرنسى بتلك النظرية ٠

ويقبع على رأس هؤلاء المعارضين الفقيه الفرنسى الكبير "مازو" والذى يرى هو ومن شايعه أن " عدم المساس بالعقود قاعدة أساسية للضمان التعاقدى ولا يمكن الابتعاد عنها دون التعرض للخطر" (٨٩)

---

٨٩ — *"l'intangibilité des contrats est une régle fondamentale de securité de laquelle on ne peut s'écarter sans péril ".*

وبأن : " تدخل الدولة فى تنفيذ العقد يؤدى الى سحق الضمان التعاقدى بالتدريج "(٩٠) وهذا أمر مبغوض لأن الضمان التعاقدى يفضل الحاجه الى العدل .

ويرى شطر آخر من الفقهاء أن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة يمثل أزمة للعقد " la crise du contrat " وبأن تدخل الدولة لفرض النظرية على الالتزامات العقدية ينشئ لنا مايسمى بالعقد الموجه " le contrat dirigé " اى العقد الذى تملى أحكامه على الطرفين بتوجيه من المشرع دون أن تكون لارادتهم الحرية الكاملة فى ترتيب أوضاعه وكيفية تنفيذه واعتبروا ذلك نوعا من " التوجيه التشريعى الذى يقاس منه العقد " .

وعلى صعيد آخر اخرج الفقيه الفرنسى الكبير ريبير (ribert) كتابا أسماه " تدهور القانون " "le déclin du Droit" أفاض فيه عن مساوئ الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وأن فى ذلك نوع من العودة الى الوراء وتدهور للمبادئ القانونية واعترض على تدخل الدولة فى شئون الاقتصاد والعقد وأن هذا التدخل المرة تلو الأخرى يمثل نوعا من اعتداءات القانون على العقود . (٩١) "atteintes portées par la loi aux contrats" .

---

٩٠ ـ "les interventions de l'état dans l'exéction des contrats opérent un écrasement progrossif de la sécurité contractuelle ".

٩١ ـ فى تفصيل ذلك : د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص٢٦٢ ومابعدها .

والحقيقة فان هذا الموقف الفرنسي يدعو للأسف وأما وجه هذا الأسف فيبدو في المبالغة في تقديس مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " بطريقة متطرفة فاذا كان قوام هذا المبدأ هو الارادة فان تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة يكون لأسباب لا ترجع الى الارادة بل خارجة عنها بطريقة تجعل هذا المبدأ مع النظرية وجهان لعملة واحدة وهذا مايعبر عنه في شريعتنا الغراء - على ما سنرى - من أن الضرورات تبيح المحظورات.

ويبلغ الأسف ذروته حينما نجد بعض الفقهاء يقدس هذا المبدأ حتى لو تعارض مع مبادئ العدالة ومعنى ذلك أنه في هذه اللحظة مبدأ غير عادل فكيف يستقيم ذلك واقامة العدل من بين غرائز البشر التي فطروا عليها يضاف لذلك أن القانون الفرنسي هو أحد القوانين التي يطلق عليها - مجازا - أنها القدوة لمعظم قوانين الشرق.

واذا كان الفقهاء الفرنسيين يتشرقون بأن القانون الفرنسي بوضعه الراهن قد أقام المساواة بين المتعاقدين فاننا نبادر الى القول بأنها مساواة نظرية بحتة لا تصادف في التطبيق محلا اذ كان الأحرى بالمشرع الفرنسي أن يجاري التطور في الأسس الاجتماعية والاقتصادية ليكون القانون بحق ظاهرة اجتماعية تلاحق التطورات أولا بأول.

ثم ماهو الضرر الذي يعود على المجتمع من تدخل المشرع في أمور معينة يرى أن في تدخله فيها تحقيق للصالح العام حتى في فرنسا ذاتها توجد تشريعات من مثل هذا القبيل تحدث عنها الفقيه الكبير ريبير وهي التي تنظم أدق وأصغر المشاكل من كيفية صناعة الصابون الى تحديد أسماء خاصة لأنواع الحرير الطبيعي والصناعي الى أسماء مواد الزينة والعطور وكذلك تحديد اتساع عيون شباك الصيد للحيلولة دون صيد

صغار السمك(٩٢) هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى ألم يستشعر المشرع الفرنسي خطورة الموقف وأصدر تشريعات لمعالجة الأزمات واختلال التوازن الاقتصادي في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية يضاف لذلك أن المحاكم الدنيا الفرنسية كانت تطبق نظرية الظروف الطارئة في مناسبات عديدة ورائدها في ذلك تحقيق العدالة وان دل ذلك على شيء فانما يدل على أن ارادة الخير والعدل كامنه في النفس البشرية وتريد دائما لتخرج الى حيز الوجود - مثيرا مجردا من عيوب تلك النفس كالعناد والمكابرة.

واخيرا يجب ألا نقدس العقد وأن نجعل منه صنما يعبد متناسين في غمرة ذلك تحقيق المصالح العامة والخير الاجتماعي لأن العقد مهما كان فلن يخرج عن كونه وسيلة في حد ذاته وليس بغاية وكما يقول الأستاذ (debin) أن : " حرية الأفراد شيء عظيم ولكنها ليست الا وسيلة لتحقيق شيء آخر هو الخير الاجتماعي للمجتمع والتنسيق بين المصالح. (٩٣)

وأخيرا فقد ثبت أن ترك الحرية على عواهنها يؤدي الى عدم التوازن في العلاقات بل والى منتهى الظلم اذ يؤدي ذلك أن كل متعاقد يستخدم امكانياته بحرية تامه مما ينتهي الى تحكم القوى في الضعيف ولو كان هناك سلطان من الدولة لجعلت الطرف القوى لايخرج من امكانياته الا بما يتوازن

---

٩٢ - المرجع السابق ص ٢٦٦ .

٩٣ - "la liberté des particuliers c'est trés lien mais ce n'est tout de même qu'un moyen de réaliser autre chose, à savaire le lien général de la société l'harmonie des intérets".

- المرجع السابق ص ٢٦٧ .

ـ فقط ـ مع امكانيات الطرف الضعيف٠

ولقد عبر أحد الفقهاء عن ذلك بقوله أنه : " فى علاقة القوى بالضعيف فان الحرية هى التى تستبد والقانون هو الذى يحرر "(٩٤)

---

٩٤ ـ- " entre le fort et le faible c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchie".

ـ المرجع السابق ص ٢٦٨ هامش(١) ٠

المطلب الثانى
النظرية فى القانون الايطالى الحديث

يعد القانون الايطالى ثانى قانون فى العالم يعترف بنظرية الظروف الطارئة فقد سبقه اليها القانون البولندى سنة ١٩٣٢ حيث وردت بهذا التقنين تحت رقم (٢٦٩) .

وتحمل النظرية فى التقنين الايطالى رقم مادة (١٤٦٧) والتى جرى نصها كالآتى : " فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة . (٩٥)

وبذلك النص يكون المشرع الايطالى قد سلك طريقا تقدميا فقد أقر النظرية كمبدأ عام وليس كما فعل المشرع الفرنسى الذى أورد تطبيقات متناثرة كمسكنات لما عرض من أزمات عصفت باقتصاديات المجتمع الفرنسى. (٩٦)

والمشرع الايطالى بهذا المسلك يكون قد توافق مع فقهه وقضائه ومنسجما كذلك مع مبادئ العدالة والأخلاق .

---

٩٥ ـ وردت ترجمة هذه المادة : د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٨٦٦

٩٦ ـ صدر القانون المدنى الايطالى."code ciuilitalien"فى ١٩٤٢

راجع : - jean. louis mouralis"imprevision" encyc. D. op cit n° 19 .

وبنظرة سريعة للنص الايطالى نستطيع تسجيل الملاحظات الآتية : ـ

(١) لا تطبق أحكام النظرية على العقود الفورية وقد جاء ذلك صريحا . اذ تحدثت المادة (٤٦٧) عن العقود ذات التنفيذ المستمر أو الدورى أو المؤجل وبذلك خرجت العقود الفورية من نطاق التطبيق .

وتأكيدا لذلك ورد بتقرير القانون المدنى الايطالى رقم (٦٦٥) أنه : " لا يفرق بين العقود ذات التنفيذ المستمر أو الدورى وبين العقود ذات التنفيذ المؤجل ذلك أن جواز الأخذ بمقتضى شرط عدم تغير الظروف لا يتوقف عقلا على الطبيعة الخاصة للأداء من حيث كونه دورى التنفيذ أو مستمر التنفيذ وانما يعتبر ارجاء تنفيذ الأداء لا دوريته أو استمراره هو علة حماية يقصد بها تفادى النتائج الاقتصادية الضارة التى تنجم عن اختلال التوازن التعاقدى الذى أراده الطرفان هذا الاختلال فى التوازن يمكن أن يحصل عندما يكون من الواجب أن يحصل تنفيذ الأداء فى أجل واحد كما يمكن أن يتحقق عندما يجب تنفيذ الأداء تنفيذا دوريا أو مستمرا. (٩٧)

يتضح من هذا التقرير أن العقد الفورى يمكن أن يكون محلا لتطبيق النظرية كل ما فى الأمر الا ينفذ فورا وانما يرجأ تنفيذه الى وقت لاحق لابرامه .

وقد اكدت محكمة النقض الايطالية هذا المعنى بقولها: " أن المادة (١٤٦٧) تطبق ليس على العقود ذات التنفيذ المستمر

---

٩٧ ـ مشار اليه: د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٧٢ هامش (١) .

والدوری والمؤجل فحسب بل تطبق كذلك على العقود التى يمتد تنفيذها فى الزمن مادام أنه بين انعقاد العقد وتنفيذه أو فى أثناء فترات التنفيذ بسبب وجود فاصل زمنى قد تحققت حوادث استثنائية وغير متوقعه ترتب عليها أن صار تنفيذ الأداء المستحق كله أو بعضه مرهقا ارهاقا فادحا لأحد الطرفين ". (٩٨)

(٢) يشترط فى الظرف الطارئ أن يكون حادثا استثنائيا أى نادر الوقوع كالزلازل والانهيارات الطبيعية والصواعق والحرب .. الخ.

ويفهم من تفسيرات الفقه أنه يضاف لذلك الشرط ألا يكون الحادث الاستثنائى قد وقع بخطأ من المدين .

وقد تردد هذا الشرط فى كتابات الفقيه دى مارتينى بقوله : " ان الاعذار التى يحمل المدين تبعة استحالة الأداء الطارئة أولى أن يحمله تبعة الارهاق الفادح ومن ثم لا يجوز للمدين المتأخر أن يتمسك بالمادة (١٤٦٧) بالنسبة للارهاق الذى طرأ بعد اعذاره.(٩٩)

وطبيعى أن يضاف لذلك الشرط أيضا الا يكون الحادث الاستثنائى متوقعا لأن المتعاقد حسن النية الحريص على أداء التزامه يمكنه فى هذه الحالة أن يرتب أوضاعه التعاقديه لتوقى آثار الحادث ويقدر التوقع وعدمه بمعيار موضوعى قوامه الرجل المعتاد .

---

٩٨ ـ نقض ايطالى : ١٩٥٦/١/١٦ رقم ٩٧ ـ ١٩٥٦ ـ ص ٣٢ ـ مشار اليه د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٧٥ .

٩٩ ـ دى مارتينى ـ الارهاق ـ الفادح فى تنفيذ العقود. ص ٨٥ ـ مشار اليه المرجع السابق ص ٥٧٦ هامش (٢) .

وفى ذلك قضت محكمة النقض الايطالية بأن : " امكان توقع الحادث الذى جعل الأداء مرهقا للمدين يجب أن يقدر وفقا لمعيار الرجل العادى ذى العناية العادية وفقا لفرع النشاط الذى يتعلق به الالتزام محل النزاع. (١٠٠)

(٣) يتمثل أثر الحادث الطارئ فى الارهاق الذى يلم بتنفيذ الالتزام ولا يشترط ضرورة أن يكون الاداء مرهقا بالنظر الى شخص المدين الذى يطالب برفع الارهاق بل يجب أن يكون الأداء قد أصبح مرهقا فى ذاته بصرف النظر عن ظروف المدين الخاصة .

فالعبرة فى تقدير الارهاق اذاً هى بظروف المدين العادى فلا توضع ثروته فى الاعتبار ولا كمية ما يحتفظ به فى مخازنه من بضائع . طالما لاتوجد أدنى صلة بين الحادث وبين ما قام بتخزينه .

وعلى ذلك قضت محكمة استئناف تورينو فى ١٩٤٧/٤/٢٢ بأن : " المادة (١٤٦٧) تقتضى تقديرا موضوعيا للتوازن بين الأداء ومقابل الأداء بصرف النظر عن قدرة المدين الاقتصادية " .

كذلك قضت محكمة نابولى فى ١٩٤٧/٢/١٧ بأن : "الارهاق الفادح يجب مع ذلك أن يؤثر موضوعيا فى العقد . فلا يعتبر من قبيل الارهاق الفادح سوء مركز أحد الطرفين الناشئ من ظروف شخصية بحته . (١٠١)

---

١٠٠ ـ نقض ايطالى : ١٩٥٥/٩/٢٩ رقم ٢٦٨٤ ـ ١٩٥٥ ص ٩٩٦ ـ مشار اليه المرجع السابق ص ٥٨٥ هامش (١) .

١٠١ ـ مشار للحكمين : المرجع السابق ص ٥٨١ مقروءة مع هامش (١) .

(٤) رتب نص المادة (١٤٦٧) جزاءا على تحقق الظرف الطارئ وهـذا الجزاء يتمثل فى فسخ العقد الا أن الطرف الآخر يستطيع توقـى هذا الجزاء بأن يعرض تعديل شروط العقد بما يتلاءم مع الظـروف الجديدة وبما يتفق مع العدالة ٠

وبذلك أشرك المشرع الايطالى المتعاقد غير المرهق فى معالجة أثر الظرف الطارئ وبالتالى يستطيع أن يدرأ عن نفسه مغبة فسـخ العقد بأن يعرض زيادة قيمة التزامه أو منح المدين أجلا يستغـرق وقت الظرف الطارئ حتى يمكن تنفيذ الالتزام فى وقت ملائم أو يعفى المدين من بعض الأداءات أو يخفف عن كاهله حدة بعض الالتزامات بتخفيض قيمتها مثلا وبشرط عام وهو أن يتطابق الحل المختار مـن بين الحلول السابقة مع مبادئ العدالة ٠

المطلب الثالث

النظرية فى القانون الألمانى الحديث

بالرغم من أن المشرع الألمانى كان قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة فى تقنيناته الأولى الا أنه فى تشريعه الحديث الصادر سنة ١٩٠٠ جاء خالى الوفاض من مبدأ عام يقرها اللهم الا تطبيقين محدودين لها أوردهما على استحياء فى المادتين ٦١٠ ، ٦٢١ من القانون المدنى الألمانى.[١٠٢]

ولقد حاول الفقه الألمانى جاهدا أن يثنى المشرع عن موقفه ويرد التطبيقين الى مبدأ عام الا أنه لم يفلح فى ذلك فقد قطعت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الألمانى الطريق عليه بتأكيدها على وجوب قصر تطبيق شرط عدم تغير الظروف على هذين التطبيقين فقط[١٠٣] تعللا بأن فى ذلك احترام للارادة العقدية وصيانة لاستقرار المعاملات[١٠٤].

– موقف المحاكم الألمانية من النظرية : –

عند بحث موقف القضاء الألمانى من النظرية نجد أنه قد عارض الأخذ بها تزرعا بأن القانون الألمانى لم يأخذ بالمبدأ الذى يعتبر شرط عدم تغير الظروف مضمرا فى كل عقد .

الا أن هذا العناد لم يدم طويلا فقد قامت الحرب العالمية الأولى

١٠٢ – د. عبد الحى حجازى – المرجع السابق ص٥٥٩ .

١٠٣ – المرجع السابق ص ٥٥٩ – ٥٦٠ .

١٠٤ – د. ثروت أنيس الأسيوطى – مبادئ القانون جـ١ طبعة ١٩٧٤ ص ١١٤ ومابعدها .

وبدأت معها نذر الخراب الاقتصادى الذى تمثل فى ارتفاع أسعار المواد الأولية مائة ضعف مما جعل القضاء يعيد النظر فى موقفه ازاء النظرية كى يعالج بمقتضى أحكامها اختلال التوازن فى الأداءات العقدية .

وبدأ القضاء الألمانى يطبق أحكام النظرية من خلال فكرة الاستحالة بتوسيع نطاقها فأنشأ نظرية الاستحالة الاقتصادية والتى بمقتضاها كان المدين يعفى نهائيا من تنفيذ التزامه اذا ترتب على الظرف الطارئ استحالة التنفيذ بل تجاوز القضاء ذلك تحت وطأة الظروف فطبق فكرة الاستحالة الاقتصادية على حالات لم تكن توجد فيها أى استحالة ولو مؤقتة .

ونتيجة لذلك كان يحق للمدين الذى أضحى تنفيذ التزامه مستحيلا اللجوء الى القضاء وطلب فسخ العقد غير أن المحاكم قد لاحظت أن جعل مكنة طلب الفسخ بيد المدين قد يضر بالتعامل بل أضر بالفعل لسبب بسيط وهو أن المدين من مصلحته التخلص من التزامه ان أمكنه ذلك فاذا ما كانت مكنة الفسخ بيده فما عليه الا أن يستعملها وبذلك يزيل عن كاهله وطأة ذلك الالتزام .

ولقد لاحظ القضاء — فى سبيل ابتداع حل غير جعل حق الفسخ بيد المدين — أن انخفاض قيمة النقود لا يؤدى فى الحقيقة الى استحالة التنفيذ وانما يؤدى الى تقويض علاقة التوازن عندما يختل التناسب بين أداء المدين وأداء الدائن اختلالا فادحا كما أنه يكفى لاعادة التوازن فى هذه الحالة منح القاضى رخصة التدخل فى العقد لاعادة تقييم الأداء المقابل حتى يمكن الابقاء على العقد . (١٠٥)

---

١٠٥ — د. عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٦ هامش (٣) .

ــ موقف المحكمة العليا الألمانية : ــ

فى البداية لم تأخذ المحكمة العليا بالحل الذى اهتدت اليه المحاكم الألمانية الدنيا وهو سلب رخصة طلب فسخ العقد من المدين وترك الأمر للقاضى

الا أنه قد عرضت على المحكمة العليا احدى القضايا جعلتها تعيد النظر فى موقفها ازاء هذا الحل ٠

وتخلص وقائع هذه القضية فى أن شخصا قام بتأجير أماكن للتجارة الى شخص آخر مع تعهده بأن يمده بالبخار اللازم لادارة الماكينات فى مقابل مبلغ معين ٠ ونتيجة لانخفاض قيمة النقود وأرتفاع سعر الفحم اللازم لتوليد البخار ارتفاعا فاحشا قام المؤجر بطلب زيادة المبلغ المتفق عليه فحكمت له المحكمة العليا بما طلب فى ٢١ / ٩ / ١٩٢٠ وكان سند المحكمة فيما ذهبت اليه أن مضمون أداء المدين قد تغير من الناحية الاقتصادية الى حد أن الابقاء عليه يؤدى الى اختلال التناسب اختلالا لا يطيقه المدين مما يحتم تدخل القاضى لتفادى مركزا لا يتفق مع حسن النية ومقتضيات العداله ٠

ولقد انتهزت المحكمة العليا هذه المناسبة لاقرار نظرية الظروف الطارئة صراحة بدلا من تطبيقها من وراء ستار نظرية الاستحالة الاقتصادية وذلك بعد وضع الضوابط اللازمة لها والتى تنحصر فى ثلاثة هى : ــ

(١) أن يتفق الطرفان على الابقاء على العقد ٠

(٢) أن يكون تغير الظروف استثنائيا ٠

(٣) أن يوزع القاضى الغرم على المتعاقدين فلا يحملها الدائن وحده ٠

وبذلك ترك القضاء الألمانى فكرة الاستحالة الاقتصادية وأحل محلهـــا نظرية الظروف الطارئة على أساس حسن النيه . (١٠٦)

---

١٠٦ ــ المرجع السابق ــ نفس الموضع .

المطلب الرابع

النظرية فى القانون المدنى المصرى

يمكن القول بأن القضاء المصرى قد مر بمرحلتين : الأولى وكانت تتعدد فيها أنواع المحاكم فهناك المحاكم المختلطة والأهليه وفى المرحلة الثانية توحدت جهات القضاء وصار وطنيا ٠

وإذا أردنا أن نعرف موقف القضاء الأهلى من نظرية الظروف الطارئة فاننا نراه قد رفض الأخذ بها متزرعا بنفس الحجج التى كان يستتر وراءها القضاء الفرنسى وهى ضرورة احترام مبدأ لزوم العقد وعدم المساس به حتى لو كان ذلك بسبب ظرف طارئ اذ لم تكن هناك أسباب تشفع للمساس بقدسية العقد فى مرحلة لاحقه على ابرامه سوى استحالة التنفيذ لقوة قاهرة ٠ (١٠٧)

الا أن المحاكم الأهلية طبقت فى مناسبات متناثرة نظرية الظروف الطارئة واستعانت فى سبيل ذلك ببعض النصوص التى طوعتها لتلائم التطبيق بالاضافة الى المبادئ العامة فى القانون ٠

ومن بين الدعاوى التى حازت هذا التطبيق دعوى قررت فيها المحكمة فى ٢٤ / ٤ / ١٩٢٨ زيادة الحكر نتيجة للارتفاع الفاحش فى قيمة الأرض لكثرة

---

١٠٧ ـ د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٢٢١ ، د٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٦٤ ، صليب سامى ـ الظروف الطارئة وأثرها فى مسئولية المتعاقدين ـ مجلة المحاماة السنة ١٢ العدد التاسع يونيو ١٩٣٢ ص ٨٢ ، أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص ٢٢٠ ٠

رغبات الناس في الصقع مع أن المبدأ القانوني كان يقضي بعدم اجراء هذه الزيادة الا أن الارتفاع الفاحش في قيمة الأراضي اضطر المحكمة الى اعمال نص المادة (٣٣٧) من قانون العدل والانصاف (١٠٨) كذلك كان حال القضاء المختلط من رفضه للنظرية تعللا بأن الالتزام لا ينقضي الا اذا بات مستحيلا فطالما كانت هناك امكانية لتنفيذ الالتزام فلا مفر من ذلك حتى لو كان مرهقا للمدين . (١٠٩)

---

١٠٨ ـ قضية وزارة الأوقاف ضد كاملة هانم شريف ـ حكم محكمة مصر الأهلية في ١٩٢٨/٤/٢٤ ـ مجلة كلية الحقوق للمباحث القانونية والاقتصادية ـ العدد الثاني ـ السنة الثالثة ـ أحكام المحاكم " الأحكام الأهلية " ـ القسم المدني فقرة ٧٢ ص ١٨٥ .

١٠٩ ـ د. السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص ٨٥٩ وقد أشار الى أحكام استئناف كثيرة في هذا المعنى منها استئناف مختلط ١٨٩٩/١٢/١٣ ، ١٩١٢/٥/٢٩ ، ١٩١٦/٢/١٦ ، ١٩١٧/١/١٧ ، د. حامد زكي : عقد التوريد وتغير الظرف الفجائي ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية سنة ١٩٣٢ م ص ٩٥ ، صليب سامي ـ المرجع السابق ص ٨٢ ، أسعد الكوراني ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٠ ـ عادل علوبة ـ نظرية الحوادث الطارئة ـ مجلة المحاماة السنة ٤٠ ـ العدد الأول ـ سبتمبر سنة ١٩٥٩ ص ٢٥١ .

الا أنه قد صدرت من القضاء المختلط عدة أحكام أخذت ـ كما فعل القضاء الأهلي ـ بنظرية الظروف الطارئة بمناسبة الأزمات الاقتصادية وتقلب سعر العملة فى أعقاب الحرب العالمية الأولى . (١١٠)

هذا عن موقف القضاء بنوعية أما موقف الفقه فقد كان غالبه فى جانب تطبيق النظرية وعلى رأسهم أستاذنا المغفور له د. السنهورى.

وبلغ تأييد الفقه للنظرية حد توجيه الانتقادات اللاذعة للقضاء المدنى نتيجة رفضه الأخذ بها اذ كان الواجب عليه أن يقتضى أثر مجلس الدولة الفرنسى فى ذلك حيث كان القضاء العادى فى مصر ينظر المنازعات الادارية لعدم انشاء مجلس الدولة المصرى فى ذلك الوقت.

وكان الدكتور/ السنهورى يهيب دائما بالقضاء المدنى أن يطبق النظرية اقتداء بمجلس الدولة الفرنسى ويرى أن المشرع بمقدوره أن يضيفها فى تشريعه الجديد استنادا الى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية.(١١١)

ـ حكم محكمة الاستئناف الأهلية الشهير(١١٢) : ـ

وقد خطت محكمة الاستئناف الأهلية خطوة هائلة للأمام تمثلت فى تطبيق أحكام النظرية على احدى الدعاوى المرفوعة أمامها وذلك بحكمها الصادر

---

١١٠ ـ د. حامد زكى ـ المرجع السابق ص ٩٥ .

١١١ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٤ ـ ١٧٥ .

١١٢ ـ مشار اليه ـ مجلة المحاماة السنة ١٢ رقم ٤١ ص ٣٦ : ومن كتب الفقه التى أشارت لهذا الحكم د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٦٤ مقروءة مع هامش (٤) وص ٥٦٥ مقروءة مع هامش (١) .

فـى ١٩٣١/٤/٩ م٠

والذى دفع محكمة الاستئناف للأخذ بذلك توالى الأزمات الاقتصاديــة واستحكامها وأخذها بخناق المتعاقدين مما أرهقهم وحملهم من أمرهـــم عسرا وازاء صمت المشرع واحجامه عن اتخاذ خطوة ايجابية فى سبيل أقــرار مبدأ الطوارئ رأت محكمة الاستئناف أن تبادر بهذه الخطوة علها تكــون بداية اقرار قضائى لها كما فعل القضاء من قبل بالنسبة لاقرار نظريتـــى الاثراء بلا سبب والتعسف فى استعمال الحق٠

ونظرا لأن هذا الحكم يعد ـ تقريبا ـ نقطة التحول للأخذ بالنظريـة فى التشريع الجديد فاننا نرى من الأنسب سرد هذه القضية بشئ مـــن التفصيل ونبدأ ذلك بسرد الوقائع ثم نتلوها ببيان المبادئ التى أقرتهـا محكمة الاستئناف وأخيرا موقف محكمة النقض والمشرع فى التقنين المدنـــى الجديـــد ٠

أولا : وقائع القضيــة : ـ

تتحصل تلك الوقائع فى تعاقد مصلحة الحدود مع أحد الأفراد علـــى أن يورد لها كمية من الذرة العويجة بسعر محدد قدره (٢٥٥) قرشـــا للأردب وكان المطلوب توريد كمية قدرها (٢١٢٨) أردبا ٠

طالبته المصلحة بالتنفيذ فقام بتوريد (١٣٦) أردبا فقط وامتنع عـــن توريد الباقى بحجة ارتفاع أسعار الذرة فجأة فى السوق الى حوالـــــى الضعف بسبب الغاء التسعيرة الجبرية التى كانت مفروضة عند ابرام العقـد مما يجعل قيامه بتوريد باقى الصفقة يسبب له ارهاقا خاصة فضلا عـــن أن هذا النوع من الذرة قد أصبح نادر الوجود ٠

لم تقتنع المصلحة بما أبداه المتعهد من أعذار وقامت بشراء الكمية سعر السوق بسعر (٥٠٠) قرش للأردب على نفقة المتعهد تنفيذا لشرط وارد بالعقد يعطى للمصلحه هذا لحق مع مسئولية المتعهد عن كل زيادة فى الثمن المحدد فى العقد ٠

قام المتعهد باللجوء الى القضاء فقضت محكمة أول درجة برفض طلبة فقام باستئناف الحكم وقضت محكمة الاستئناف لصالحة ٠

ثانيا : المبادئ التى أقرتها محكمة الاستئناف : —

انتهت محكمة الاستئناف الى اقرار المبادئ الآتية : —

(١) أن المصلحة لم تلحقها خسارة لأنها اشترت الذرة بالسعر المقرر لها فى السوق ولكنها تشكو حرمانها من مكسب بناء على أن العقد يوجب على المستأنف أن يورد لها الذرة التى أصبح ثمنها يزيد على الخمسمائة قرش للأردب ويدفع لها الفرق من عنده الا أن دفع المغارم مقدم على جلب المصالح ٠

(٢) أنه وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقه لحادث قهرى الا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد كان من شأنها أن تؤثر على حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازنها فى العقد اخلالا خطيرا وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال فانه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخراب ٠

(٣) ان نظرية الطارئ بما لم يكن فى حسبان المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى اذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية وتلك تتطلب استحالة نسبية أو بالأحرى ظرفا يجعل تنفيذ الالتزام أقدح خسارة وأعظم ارهاقا للمدين ٠

(٤) ان الروح التى أملت نظرية الاثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الافراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد٠ (١١٣)

ثالثا : موقف محكمة النقض: ـ

لم تلق هذه الخطوة الفذه التأييد من قبل محكمة النقض والتى قضت بنقض هذا الحكم وباعادة القضية مرة أخرى للمحكمة للفصل فيها من جديد٠ (١١٤)

وكان مما قالته المحكمة فى هذا الصدد : " لا ينقض الالتزام العقدى بالفسخ الا اذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه فان كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك بل كان كل أثره أن يجعل التنفيذ مرهقا للمدين فحسب فلا ينقضى الالتزام واذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما رغما بان القانون المصرى وان لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وان جعل التنفيذ مرهقا للمدين الا انه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث

---

١١٣ ـ حكم استئناف مصر الوطنية السابق الاشارة اليه ٠

١١٤ ـ نقض مدنى : ١٤/١/١٩٣٢ ـ مجموعة عمر جـ ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ ٠

تدعو مقتضيات العدالة وروح الانصاف الى ذلك وبأن فى نظريتى الاثراء على حساب الغير والاراط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر ٠

الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه لأن الشارع وان كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ فى بعض الأحيان الا أنه قد استبقى زمامها بيده يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب ولمصلحة المتعاقدين كليهما فما يكون للقضاء بعد ذلك الا أن يطبق القانون على ماهو عليه ٠

ومن حيث انه وان كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والاحسان الا أنه لايصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع الى ابتداعها "

وبذلك انتهت محكمة النقض الى رفض هذا الحكم والغاؤه على أساس أنه لايجوز للقاضى أن يتجاوز مهمته وهى تطبيق القانون وأن يترك امور سن القوانين الى المشرع يقدر توقيتها وضوابطها ٠

ومع أن محكمة النقض لا يظهر من موقفها رفض النظرية وانما هى تريد التمهل حتى توضع الأمور فى نصابها ويكون انزال حكمها على أساس سليم باقرار من المشرع أولا يتلوه تطبيق من القضاء الا أنه ورغم ذلك فقد انتهز بعض الفقهاء هذه الفرصة للنيل من النظرية ومحاولة استعداء جمهرة الفقه عليها فهو يقرر أن " هذا الحكم بتقريره ذلك المبدأ خالف المقرر فى القضاء الفرنسى بشأن هذه النظرية والمعلوم أن التشريع المصرى مأخوذ من التشريع الفرنسى وأن المبادئ الأساسية فيهما واحدة ولا شك أن مبدأ احترام ارادة المتعاقدين مقررة فى هذين التشريعين على نمط واحد غير أن محكمة استئناف مصر الأهلية تركت كل هذه الاعتبارات الهامة

وقررت المبدأ العكسى متأثرة بما سمته الاعتبارات العادلة "(١١٥)

وهذا التعليق يذكرنا تماما بمواقف الفقه الفرنسى ازاء النظرية فلا نكرر الرد عليه ولكنا نقول " وشهد شاهد من أهلها " فصاحب هذا الرأى يقرر فى موضع آخر من بحثه أنه لاينكر فائدة هذه النظرية وقت الأزمات كالحروب. (١١٦)

يضاف لذلك أن أستاذنا الفاضل قد قرر فى رسالته باللغة الفرنسية أن تلك النظرية " نظرية عادلة جدا وتدل بوضوح على خطوة جديدة نحو الفكرة الحقيقية للعدالة " وبأن " نظرية الظروف الطارئة فكرة عادلة وخصبة "(١١٧)

واذا كان هذا هو موقف بعض من الفقه والقضاء فان موقف المشرع لم يختلف كثيرا فقد آل على نفسه عدم الأخذ بتلك النظرية مؤثرا الأخذ بتطبيقات لها فى قوانين متناثرة نذكر منها الآتى : ـ

(١) المرسوم بقانون فى ١٩١٤/٨/٩ بتأجيل دفع بعض الديون وقد جدد هذا المرسوم مرات عديدة.

(٢) القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٣٢ الخاص بتخفيض الايجارات الزراعية.

(٣) القانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٩ الخاص بتخفيض الديون العقارية.

(٤) القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة والذى نص فى مادته السادسة على نظرية الظروف الطارئة. (١١٨)

١١٥ ـ د. حامد زكى ـ المرجع السابق ص ٩٦ ومابعدها.

١١٦ ـ المرجع السابق ـ ص ١١٣ ومابعدها.

١١٧ ـ -D.HAmid Zaki."l'imprevision en droit anglais thère paris 1930. P. 123-125-155-156-374.

١١٨ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٧٥ مقروءة مع هامش (٤).

رابعا : موقف التشريع المدنى الجديد : ـ

بدأ العمل بالقانون المدنى الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩ وهو نفس تاريخ توحيد جهات القضاء فى مصر بعد الغاء القضاء الأهلى والمختلط [١١٩]

ولقد اختط هذا التشريع لنفسه أساسا سار عليه وعبر عنه فى مذكرته الايضاحية اذ ورد بها : " والاتجاه الرئيسى الأخير أن المشروع من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية انما يجارى نزعات عصره فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم بل يماشى مالحق بها من تطورات عميقة ستكون الأن بعد أن وضعت الحرب اوزارها أبعد مدى وأبلغ أثرا . (١٢٠)

وقد كان التقنين المدنى الجديد بالفعل متمشيا مع متطلبات الحياة ومتوافقا مع تقلباتها الاقتصادية ومتمسكا بالمبادئ التى تزكى روح العدالة وكان تشريعا تقدميا بحق ومن بين مظاهر ذلك اقراره لنظرية الظروف الطارئة كمبدأ ونظرية عامة . .

وقد ورد بالمذكرة الايضاحية بيان للخلفية التى جعلت المشرع يأخذ بهذه النظرية والتى تتبلور فى ان : " المشرع لا يقدس حرية الفرد الى حد أن يضحى من أجلها بمصلحة الجماعة ولا يجعل من سلطان الارادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية بل هو يوفق مابين حرية الفرد

---

١١٩ ـ د. السنهورى ـ المرجع السابق ص٣٨ ـ ٣٩ .

١٢٠ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ١ ص٢٤ .

ومصلحة الجماعة ثم هو بين الفرد والفرد لايترك القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية فليس الفرد حرا فى أن يتخذ مما هيأته لـه النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئة ليتعسف ويتحكم لذلك يقـف المشرع الى جانب الضعيف فيحمية كما فعل فى عقود الاذعان ٠٠٠ وكمـا فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال ٠٠٠ ويوجب على القاضى أن يتدخل لحماية المدين المرهق اذا طرأت حوادث استثنائية لايمكن توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى صار مرهقا للمدين. (١٢١)

وهكذا ضم التشريع المدنى الجديد بين جنباته نص المادة (١٤٧) و التى تقر مبدأ الطوارئ استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقديـن وقد جرى نص هذه المادة كالآتى : ـ

(١) العقد شريعة فلا يجوز نقضه ولاتعديله الا باتفاق الطرفيـن أو للأسباب التى يقررها القانون ٠

(٢) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعـا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهـق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

ويعد هذا النص استثناء من مبدأ لزوم العقد ويعد التشريع المصـرى بذلك ثالث التشريعات التى تقر نظرية عامة للظروف الطارئة بعد التشريعين البولندى والايطالى ٠

---

١٢١ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ١ ص ٢٤ ٠

ولقد أوضحت المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الجديد أن مفهوم الظروف الطارئة يتميز عن مفهوم القوة القاهرة بقولها : " فالطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم ولكنه يفترق عنها في أثره فى تنفيذ الالتزام فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تفضى الى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كامله أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه الا انقضاء الالتزام الى الحد المعقول وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته. (١٢٢)

---

١٢٢ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٨١ .

المبحث الرابع
النظرية فى الشريعة الاسلامية

اذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد ارتبطت فى نشأتها بالمبـــادئ الخلقية والفلسفية التى سادت القانون الكنسى فليس غريبا أن يكون مدخل هذه النظرية فى الشريعة الاسلامية من أوسع الأبواب .

فالشريعة الغراء تقوم على الوحى الالهى والمبادئ الخلقية السامية منذ بداية عهد الدعوة حينما كلف المولى عز وجل عبده ورسوله سيدنا محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم بحمل أمانة الدعوة الى الدين الجديد ومنذ هذه اللحظة ومبادئ العدل والرحمة والسماحة تترى لتملأ جنبات المجتمع الاسلامى فى شتى مجالاته وكان سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم هو القدوة فى ذلك فاذا أخذ العهد أو أعطاه فجميع عهده ذمة ووفاء فلا غرو والحال كذلك أن تجد أحكام الطوارئ لها متسعا فى المجتمع الاسلامى وليس معنى ذلك هدم مبدأ لزوم العقد ولكن على العكس المبدأ موجود والنكول عنه بمثابة ذنب كبير وفرع من النفاق ولكن كانت أحكام الطوارئ تطبق جنبا الى جنب مع هذا المبدأ لانقاذ من توقعه ظروفه فيما يجاوز طاقته البشرية وهكذا بنى الاسلام صرحا من المبادئ هى مزيج من الشدة والرحمة تتواءم معها النفس البشرية فى انسجام فريد لاتجد له مثيلا بين صنوف التشريعات الوضعية .

واذا كان الفكر الغربى يتباهى بأنه قد صاغ النظريات الحديثة الا أن الفقه الاسلامى قد تمكن منذ أمد بعيد من التوفيق بين مصالح الفرد والجماعة بطريقة عجزت عنها القوانين الوضعية . آية ذلك كثرة هذه القوانين واجراء التعديلات فيها باستمرار لتواجه مالم تستدركه من حالات

حال صدورها فى حين أن القواعد الكلية للتشريع الاسلامى ومبادئه العامة مازالت وستظل قائمة توفى بحاجات البشر من خلال اجتهادات الأئمة المسلمين ٠

والفقه الاسلامى حينما قرر مبدأ الطوارئ كان رائده فى ذلك نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة والقواعد الفقهيه المستنبطة منهما ٠

فالدين الاسلامى الحنيف لايقر العنت ولا يرضى بالعسر والمشقة بل ان أحكامه ومبادئه فيها مظاهر كثيرة للتوسعة على المكلفين والتخفيف عنهم٠

فقد أباح الشارع عز وجل اتيان المحظور عند الضرورة فى قوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ". (١٢٣) وقوله عز وجل : " يريد الله بكن اليسر ولايريد بكم العسر ". (١٢٤)

كما أن المولى عز وجل لا يكلف عباده الا بما فى وسعهم سواء فى دائرة العبادات أم المعاملات فقال جل شأنه : " لايكلف الله نفسا الا وسعها ". (١٢٥)

كذلك فقد ورد بالآيات الكريمة مايدعو الى رفع الحرج عن العباد فى قوله تعالى : " وماجعل عليكم فى الدين من حرج ". (١٢٦)

كذلك دعت السنة النبوية المشرفة الى وجوب رفع الضرر عن الناس من باب الرحمة بهم والتيسير عليهم فقال صلى الله عليه وسلم : " لاضررولاضرار "٠

---

١٢٣ ــ سورة البقرة آية (١٧٣) ٠

١٢٤ ــ سورة البقرة آية (١٨٥) ٠

١٢٥ ــ سورة البقرة آية (٢٨٦) ٠

١٢٦ ــ سورة الحج آية (٧٨) ٠

وهذا الحديث يعد من المبادئ العامة سنعود اليه تفصيلا باذن الله عند تناولنا لأساس النظرية فى الفقه الاسلامى ·

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " اذا بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك من غير حق " · (١٢٧)

ويظهر من الحديثين السابقين مدى روعة الفقه الاسلامى فى استبداء منتهى اليسر والرحمة الى المدين المرهق وحض الدائن على عدم جواز أخذ مال المدين بغير حق ·

على أن شريعتنا الغراء لم تعرف النظرية كما هو معروف فى الفقه الوضعى أى فكرة تصب فى قالب شكلى ذلك أن السمة الغالبة للفقه الاسلامى أنه فقه عملى ينفر من الشكليات ولذلك جاءت النظرية بمثابة حلول عملية لتواجه حالات معينة ويمكن القول بأن الشريعة الاسلامية قد عرفت النظرية من خلال ثلاثة مظاهر : ــ

ــ الأول : ــ

العذر الذى يطرأ للمتعاقد فيجيز له طلب فسخ العقد وقد توسع فيه الاحناف على ما سنرى · (١٢٨) والعذر هو " عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد " ·

---

١٢٧ ــ صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢١٦ ·

١٢٨ ــ فتح القدير جـ ٧ ص ٢٢٢ ، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ص ٣٩٨ ، البحر الرائق ــ شرح كنز الدقائق جـ ٨ ص ٤٠ ·

وكما يقول الكاسانى فى بدائعه : " لما كانت المساواة فى العقود هى مطلوب العاقدين فان هذه المساواة يجب أن تتحقق لا عند التعاقد فقط بل طوال مدة العقد فى الايجار باعتباره من عقود المدة فهو ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا ". (١٢٩)

وقد عبر السرخى عن ذلك فى مبسوطه بقوله ان : " عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع. (١٣٠)

– الثانى : –

تقلب قيمة النقود ولقد أفاض فى بيان حكمها ابن عابدين الفقيه الحنفى فى احدى رسائلة والتى تسمى " تنبيه الرقود على مسائل النقود ". وهو يجيز تعديل العقد بسبب تقلب قيمة الفلوس وهى الدراهم بسبب كسادها أو رواجها أو تغير سعرها بأمر السلطان وقد اعتبر القروش كالدراهم فى جواز تعديل العقد بسبب تقلب قيمتها .

ولا يجيز ابن عابدين تعديل العقد بسبب تغير قيمة النقود وهى الذهب والفضه .

وقد اقترح ابن عابدين علاجا لمشكلة تقلب قيمة الفلوس والقروش وهو الصلح على الأوسط بمعنى أن تقسم تبعة الحادث الطارئ بين طرفى العقد . (١٣١)

---

١٢٩ – بدائع الصنائع للكاسانى جـ٤ ص٢٢٢ ، فتح القدير جـ٧ ص١٤٥ ، تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص١٠٥ – ١٤٤ .

١٣٠ – المبسوط للسرخى جـ١٥ ص٧٥ .

١٣١ – انظر رسائل ابن عابدين جـ٢ رسالة تنبيه الرقود على سائل النقود طبعة ١٣٥٢ هـ من ص٦٢ – ٦٨ .

– الثالث : –

الجائحة التى تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد .

والجائحة هى ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط والعفن والعطش وفعل الآدمى اذا كان غالبا كالجيش الجرار .

ومحل الجائحة الثمار والبقول غالبا ولقد توسع المالكية فى الأخذ بنظرية الجوائح بمعنى أنه اذا كان الفقه الاسلامى يدين للأحناف بناءهم نظرية الفسخ للعذر فان نفس الأمر يقال بالنسبة للمالكية لبنائهم نظرية تعديل العقد بسبب الجائحة .

وهكذا نجد الشريعة الاسلامية تتعقب الظلم لو أده فى مهده لأن الله تعالى قد حرم الظلم على نفسه ولا يرضاه لعباده ومن هذا المنطلق هب فقهاء شريعتنا الغراء ليسدوا منافذ الظلم حتى لا يدخل شيطانه فيفسد دينهم ودنياهم .

وصفوة القول أن تلك الشريعة تمثل صرحا تصلح لبناته لكل زمان ومكان تشيع العدل وتزكى أنوارها العقول وكيف لا والله جل جلاله هو البناء لتلك الشريعة : " صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة ونحن له عابدون ".(١٣٢)

---

١٣٢ – سورة البقرة آية (١٣٨) .

الفصل الأول

أساس نظرية الظروف الطارئة

اختلفت ـ على نحو ما رأينا فى التطور التاريخى ـ دوافع ظهور نظرية الظروف الطارئة فى القانون الوضعى عنها فى الشريعة الاسلامية ٠

فبينما ظهرت تلك النظرية واشتد عودها في أحضان الفلسفة ومبادئ العدالة والأخلاق التى سادت القانون الكنسى نجد أن نشوء تلك النظرية فى كنف الشريعة الاسلامية كان مصاحبا للمبادئ العامة التى سادت تلك الشريعة الغراء والتى عبر عنها المولى عز وجل بصيغة الحصر فى قوله تعالى مخاطبا سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم : " وما أرسلناك الارحمة للعالمين"(١٣٣) فنشأت بذلك القواعد الكلية كقاعدة " لاضرر ولا ضرار " والضرر يزال والمشقة تجلب التيسير ٠٠٠٠ الخ ٠

ونتيجة لذلك فمن الطبيعى أن يختلف أساس النظرية فى القانون الوضعى عنه فى الشريعة الاسلامية ٠

ومن هذا المنطلق نتناول موضوع أساس النظرية فى القانون الوضعى ثم نتبعه ببيان ذلك في الشريعة الاسلامية ٠

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين : ـ

المبحث الأول : أساس نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى ٠

المبحث الثانى : أساس نظرية الظروف الطارئة فى الشريعة الاسلامية ٠

---

١٣٣ ـ سورة الأنبياء آية (١٠٧) ٠

المبحث الأول
أساس نظرية الظروف الطارئة
فى القانون المدنى

مرت نظرية الظروف الطارئة بمعاناة شديدة نتج عنها أن اعترفت بها بعض النظم القانونية فى عصر ثم تراجعت عن ذلك فى عصر آخر (١٣٤) فى حين تبنتها نظم أخرى على مر جميع العصور (١٣٥) وكانت تطور فى أحكامها لتلائم العصر الذى تطبق فيه وأخيرا نجد بعضا من النظم الأخرى قد أنكرت وجود هذه النظرية من حيث المبدأ . (١٣٦)

وهكذا كانت النظم القانونية التى أخذت بالنظرية تتبناها من خلال منظور معين أو وفقا لمدلول محدد كان يختلف باختلاف وجهات نظر تلك النظم .

يضاف الى كل ذلك أن ما دفع بهذه النظرية الى الوجود هو محاولة سد ثغرة كبيرة فى نظرية العقد التى نشأت وترعرعت فى ظل مبدأ سلطان الارادة وما تفرع عنه من مبادئ متمثلة فى مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " والذى بمقتضاه كان المتعاقد يجد نفسه مجبرا على تنفيذ التزامه مهما حل

---

١٣٤ ــ المقصود بذلك ألمانيا حيث أقرت النظرية فى تشريعات ثلاثة نوهنا عنها فى التطور التاريخى ثم تراجعت عن ذلك فى قانونها الجديد سنة ١٩٠٠ اذ قصرت الأمر على تطبيقين فقط ــ راجع د. محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص١٦٥ ، د. عبد الحى حجازى المرجع السابق ص ٥٥٩ .

١٣٥ ــ أخذت بولندا بالنظرية برقم مادة (٢٦٩) وكذلك ايطاليا برقم (١٤٦٧)

١٣٦ ــ وهذا هو موقف المشرع الفرنسى حتى الآن راجع د. محمد عبد الجواد ــ السابق ص ١٩١ .

به من خراب نتيجة تغير الظروف بعد ابرام العقد عما كانت عليه وقت الاتفاق وذلك الى الأسوأ.

نتيجة لكل ما سبق كان طبيعيا أن يختلف أساس نظرية الظروف الطارئة بقدر عدد النظم القانونية التي أخذت بها تقريبا .

فنجد من ردد أن أساس النظرية هو مبادئ العدالة وروح الانصاف (١٣٧) بل لقد راج في فرنسا ــ حقبة من الزمن ــ أن أساسها يكمن في مبادئ الغبن (١٣٨) وحاول الفقه هناك أن يطوع مبادئ الغبن لتلائم النظرية فراح يردد أن الغبن هنا يقصد به الغبن اللاحق وهو الذى ينشأ في الفترة ما بين ابرام العقد وقبل تنفيذه وسيجيء الحديث عن ذلك تفصيليا .

بل ان الخلاف قد بلغ أشده حين ردد البعض فكرة الاثراء بلا سبب (١٣٩) محاولا جعلها أساسا للنظرية على اعتبار أن المدين حينما ينفذ التزامه في ظل الظروف الاقتصادية السيئة تكون ذمته قد افتقرت بمقدار ما تكبده من زيادة على التزامه الأصلي وبقدر الافتقار يكون اثراء الطرف الآخر.

وعلى صعيد آخر نرى من يحاول اقحام فكرة التعسف في استعمال الحق (١٤٠) في دائرة البحث متعللا بأن الدائن الذى يصر على وجوب قيام المدين بتنفيذ التزامه رغم ما يتهدده من خسارة فادحه انما يكون متعسفا في استعمال حقه.

---

١٣٧ ــ مشار لهذا الأساس د. عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص٢٣٢ .

١٣٨ ــ مشارا لهذا الأساسى د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص٤٠٣

١٣٩ ــ مشارا لهذا الاساسى د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٥٨ .

١٤٠ ــ مشارا لهذا الاساسى د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص٤٠٣ .

فاذا تيمنا لشطر آخر من ميدان البحث وجدنا من يؤسس تلك النظرية على مبادئ الغلط فى القيمه (١٤١) بل لقد حاول البعض أن يرجعها لفكرة السببية فى العقد .

بل ان هناك اتجاه حديث حاول ربط أساس هذه النظرية بفكرة التعادل الموضوعى بين المتعاقدين . (١٤٢)

وأمام تعدد هذه الأسس وعدم الاستقرار أو الالتفاف حول أساس واحد آثر البعض أن يلوذ بالتشريع (١٤٣) أى بالنص القانونى الذى أقر النظرية ليجعل منه أساسا لها .

وأخيرا حاول بعض من الفقه تأصيل هذه النظرية وفقا للمبادئ العامة فى القانون وعلى وجه الخصوص مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود (١٤٤) أو أن أحكامها ترجع الى تضحية كل من الدائن والمدين بتحمل آثار الظرف الطارئ دون أن يقصد أى منهما أن يتخلى عن التزامه . (١٤٥)

---

١٤١ ــ مشار لهذا الأساسى د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٥٦٢

١٤٢ ــ صاحب هذا الأساسى د. حسبو الفزارى ــ أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن طبعة سنة ١٩٧٩ ص ٥٢٨ ومابعدها .

١٤٣ ــ مشارا لهذا الأساسى: د. السنهورى ــ المرجع السابق ص ٨٥٨ .

١٤٤ ــ مشار لهذا الأساسى: د. الصدة ــ المرجع السابق ص ٣٣٢ .

١٤٥ ــ ورد هذا الأساسى بمجموعة للاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص ٢٧٨ ومابعدها .

أما وقد أتاحت لنا الظروف للتعرض لتلك النظرية بالدراسة القانونية المتخصصة فانه يتعين مناقشة كافة الآراء التى قيلت بخصوص أساسها وذلك من أجل محاولة اظهارها كعلم فى القانون ·

ولكى يمكن الوصول الى ما نبغية من هدف فانه يتعين عرض ومناقشة كافة الآراء التى قيلت بخصوص ذلك ·

وعلى هذا فاننا نقسم هذا المبحث الى الآتى : —

المطلب الأول	:	مبادئ العدالة وروح الانصاف ·
المطلب الثانى	:	نظرية الغبن ·
المطلب الثالث	:	الاثراء بلا سبب ·
المطلب الرابع	:	عدم جواز التعسف فى استعمال الحق ·
المطلب الخامس	:	نظرية السبب ·
المطلب السادس	:	الغلط فى القيمة ·
المطلب السابع	:	بقاء التعادل الموضوعى ·
المطلب الثامن	:	التشريع ·
المطلب التاسع	:	وجوب تنفيذ العقد بحسن نية ·
المطلب العاشر	:	تضحية من الجانبين وليس اخلاء أيهما من التزامة ·
المطلب الحادى عشر	:	رأينا الخاص فى المسألة ·

— ونتولى تفصيلا الكلام عن كل مطلب تباعا ·

المطلب الأول

مبادئ العدالة وروح الانصاف

يرى بعض من الفقهاء أن فكرة العدالة *(l'idée d'equité)* تصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة(١٤٦) وعلتهم فى ذلك أن العدالة هدف قديم للانسان منذ الأزل والى الأبد ٠

الا أنه يمكن القول بأن فكرة العدالة مازالت مرنة وغامضة حتى عند من قالوا بها : فالفقيه الفرنسى الكبير " فرانسوا جنى " تحدث فى كتابه " العلم والصنعة فى القانون الخاص الوضعى " ٠ عن الحقائق المكونة للأفكار الجوهرية أو المادة الأولية للقانون وتعرض لفكرة العدالة والتى تعتبر من وجهة نظره نقطة بداية ضرورية لكل بحث ومع ذلك فانها تظل فى غاية العموم والغموض بحيث لا تكفى لأن تكون أساسا لبناء علمى لقواعد القانون وكل ما يمكن أن تقوم به العدالة أنها تقف فى مرحلة وسطى وبصفة ثانوية بين القاعدة القانونية والمبدأ الأولى لتبرير تلك القاعدة٠ (١٤٧)

نخلص من ذلك أنه ليس من السهل تعريف العدالة لمخالطتها الاحساس الأخلاقى الذى يتأثر بالمفاهيم السائدة فى المجتمع التى هى دائمة

---

١٤٦ ــ مشار لهذا الأساسى : د٠ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص ٢٣٢ ٠

١٤٧ ــ فرانسوا جنى ــ العلم والصنعة فى القانون الخاص جـ٢ ص١٨٩ ــ مشار اليه د٠ منصور مصطفى منصور ــ المدخل للعلوم القانونية ــ نظرية القانون طبعة سنة ١٩٦٩ ص ١٥٩ ــ ١٦٠ ٠

التغيير (١٤٨) حتى أن من تحدثوا عن هذه الفكرة لم يتعرضوا لماهيتها . (١٤٩)

ويمكن القول بأن فكرة العدل كما عبر عنها أستاذنا الدكتور/ حمدى عبد الرحمن " تتوج قمة الهرم القانوني على الدوام "(١٥٠)

ومعنى ذلك أن العدل هو اللون المريح الذى يجب أن تصطبغ به كل الأفكار القانونية ويشبه ذلك فى حياتنا العامه المظلة التى يستظل بها مجموعة من البشر فتحول بينهم وبين حرارة الشمس المؤذية فيتساووا فى عنصر الحماية رغم أنهم ليسوا متساويين فى مراكزهم الاجتماعية والقانونية وكذلك تصبغ العدالة الأفكار القانونية برغم تفاوت تلك الأفكار واختلاف المراكز القانونية التى تنظمها .

وبهذا المفهوم السابق تستقيم الأمور ويتضح المغزى الحقيقى لمعنى العدالة ولذلك لم يكن غريبا أن يدور الفلاسفة القدامى حول هذا المعنى فنرى حمورابى يردد أنه " ملك العدالة " والتى هى فى نظره رفاهية البلاد . (١٥١)

---

١٤٨ ـ د. حمدى عبد الرحمن ـ المدخل الى القانون ـ نظرية القانون ص١٩

١٤٩ ـ د. ثروت أنيس الأسيوطى ـ نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لجامعة عين شمس سنة ١٩٦٧ العدد (٢) السنة (٨) ص٣٩٨ .

١٥٠ ـ د. حمدى عبد الرحمن ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع .

١٥١ ـ د. ثروت أنيس الأسيوطى ـ المرجع السابق ص ٣٧٠ .

بل ان ابن خالدون قد اعتبر العدالة احدى السبل الى عمارة المجتمعات فقال فى مقدمته الشهيرة : " لاعز للملك الا بالرجال ولا قوام للرجال الا بالمال ولا سبيل الى المال الا بالعمارة ولاسبيل للعمارة الا بالعدل والعدل الميزان المنصوب بين الخليقة نصبه الرب وجعل له قيما وهو الملك ". (١٥٢)

وحقيقة الأمر أن القانون وان كان يعتمد على العدالة ليستمد منها صيغه وقواعده الا أن ذلك لايفيد بأن القواعد القانونية متطابقة تماما مع قواعد العدالة بل قد تتعارض معها مثل قاعدة عدم جواز الاعتذار بعدم العلم بالقانون فالعدالة تقضى بعدم تطبيق القاعدة القانونية على من يجهل وجودها ولكن القانون يأمر بتطبيقها رغم جهل الشخص بها حتى يتلافى الصعوبات والمناقشات التى تثور حول العلم به. (١٥٣)

فالعدالة اذا تخرج بنا عن نطاق المبادئ القانونية التى تهتم بماهو كائن الى نطاق الأخلاق التى تنشد ما ينبغى أن يكون وبالتالى فهى لا تصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة والتى يجب أن يبنى أساسها على قواعد موضوعيه وضوابط محددة لا مجال فيها للمشاعر والتخمين بأن فى تطبيق قاعدة معينة منتهى العدل وأن العدول عنها هو الظلم بعينة اذ أن الشعور هو من الأمور الخفيه الغير ملموسة التى تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ولو اعتمد المشرع على ذلك لاضطرب نظام المجتمع وانهار البنيان القانونى من أساسه.

---

١٥٢ ــ مقدمة بن خلدون ــ الفصل الثالث من الكتاب الأول ــ الفصل ٤٣ ــ طبعة بيروت ١٨٨٦ ص ٢٥٠ ــ مشار اليه د. ثروت أنيس الأسيوطى المرجع السابق ص ٣٧٦.

١٥٣ ــ د. صوفى حسن أبو طالب ــ المرجع السابق ص ٣٢٨.

ولا يقدح فيما ذهبنا اليه ماورد فى قضاء محكمة استئناف مصر الوطنية الشهير من أنه : " وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى الا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف". (١٥٤)

حيث ان ماذهبت اليه المحكمة لم تقصد به أن يكون فى مقتضيات العدالة وروح الانصاف أساسا للنظرية وانما أرادت بذلك التنويه الى المبادىء العامه الانسانية التى يجب أن توضع فى الاعتبار كاطار عام تنبع منه كافة المبادىء القانونية وتتشبع بمفهومه يضاف لذلك أنه وقت صدور هذا الحكم لم يكن المشرع المصرى قد أخذ بهذه النظرية ولهذا لجأت المحكمة الى مقتضيات العدالة تستلهم منها حل النزاع كآخر مذهب للقاضى عند عدم وجود النص. (١٥٥)

زد على هذا أن القاضى لا يستطيع أن يحيد عما ارتضاه المتعاقدين طالما لا يخالف القانون بمقولة أن ماذهب اليه يتوافق مع العداله اذ فى هذه الحالة يكون حكمة مستهدفا للنقض. (١٥٦)

ولقد حاول بعض أساتذة القانون فى فرنسا ـ أمام فقد النص التشريعى ـ ترويج الأخذ بنظرية الظروف الطارئة مستندين فى ذلك الى مبدأ العدالة وعلى أثر ذلك مالت بعض المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف الى تبنى هذا الرأى وتطبيق أحكام النظرية انطلاقا من مبادئ العدالة .

---

١٥٤ ـ استئناف مصر الوطنية رقم ١٦١٥ السنة ٤١ ق فى ٩/٤/١٩٣١ ـ المحاماة السنة ١٢ ص ٦٣ ومابعدها .

١٥٥ ـ د. حسام الأهوانى ـ أصول القانون طبعة ١٩٨٨ ص ١٩١ .

١٥٦ ـ استئناف مختلط ٢٠/٣/١٩٤٠ ـ م ٥٢ ص ٢٢١ .

الا أن محكمة النقض هناك تصدت لهذا الاتجاه بمقولة أنه يشكل خروجا على حكم المادة (١١٣٤) من المجموعة المدنية الفرنسية والذى يقضى باحترام القوة الملزمة للعقد وعبرت عن ذلك فى حكمها الصادر فى ٨/٨/١٩٠٠ م بقولها : " أى اعتبار للعدالة لا يجيز للقضاة أن يعدلوا تحكميا الاتفاقات التى أبرمت بحرية وعلى وجه مشروع بين الطرفين المتعاقدين والتى تقوم بينهما مقام القانون " . (١٥٧)

وهكذا نجد أن العدالة كمفهوم عام واطار يجب أن تتحلى به المبادئ القانونية هو أمر مقبول ومطلوب لاتفاق ذلك مع الفطرة ومع الميول البشرية المعتدلة ولكن المرفوض هو جعلها أساسا لمبدأ قانونى كنظرية الظروف الطارئة لأن النصوص القانونية المكتوبة مفروض فيها أنها مظهر ملموس للعدالة فاذا كانت صريحة واضحة فلا مفر من الأخذ بها ولا يمكن اهمالها بدعوى أنها تخالف العدالة والا كان ذلك تحديا للشارع وثورة على الفن التشريعى والقاضى اذا رجع الى العدالة انما يرجع اليها اذا أعوزه النص بأن كان النزاع المعروض عليه يفتقر الى النص التشريعى وهذا غير متحقق فى فرضنا هذا . (١٥٨)

---

١٥٧ ــ - cass. civ - S. 1903 - 1 - 46
وترجمة الحكم الفرنسية هى : ــ
"aucune considération d'equité me peut autoriser les juges à modifier arbitrairement les conventions librement et legalement formées entre les parties qui leur tiennent lieu de loi"

١٥٨ ــ د. حامد زكى ــ عقد التوريد وتغير الظرف الفجائى ــ المرجع السابق ص ١٠٥ ومابعدها .

المطلب الثانى

نظرية الغـــبن

أقام البعض من نظرية الغبن أساسا لنظرية الظروف الطارئة[159] بحجة أن القانون اذا كان يجازى على الغبن عند انشاء العقد فيجب أيضا أن يجازى عليه عند تنفيذ العقد ٠ [160] بحسبان أن ارغام المديـــن واضطراره الى تنفيذ الالتزام رغم ما يكتنفه من ارهاق يعد غبنا فى الواقع٠

والغبن هو عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين فى العقد الملزم للجانبين ٠ [161] ويبين ذلك من المقارنة بين قيمة التزامات كـــــلا الطرفين فاذا بلغ عدم التعادل بينهما حدا معينا مما يضفى عليه صفـــة الفحش فالقانون يرتب على ذلك أثرا متمثلا فى فكرة الغبن التى تخـــول للشخص الحق فى طلب ازالة هذا الوضع٠ كبيع شخص لعقار مملوك لـــه قيمته ألف من الجنيهات بخمسمائة فقط٠

وعلى ضوء المفهوم السابق للغبن لا يمكن التسليم باعتباره أساســا

---

١٥٩ ــ أشير لهذا الأساسى: د٠ عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٤٠٣ ، د٠ عبد الحى حجازى المرجع السابق ص٥٦١ ولمزيـــد من التفصيل فى نظرية الغبن انظر: د٠ محمد لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام ــ مصادر الالتزام طبعة ١٩٨٩ ص١٩١ ، د٠ جميل الشرقاوى النظرية العامة للالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٤ ص١٦١ ، د٠ احمد فتحى زغلول ــ شرح القانون المدنى طبعة ١٩١٣ ص١٣٤ ، د٠ حلمى بهجت بدوى المرجع السابق ص٢١٠٠

١٦٠ ــ د٠ عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٤٠٣ ٠

١٦١ ــ د٠ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص١٧٤ ٠

لنظرية الظروف الطارئة للآتى : ـ

(١) يقدر الغبن بالرجوع الى وقت انعقاد العقد حيث ان اختلال التعادل بين العوضين بعد انعقاد العقد لا يعد غبنا وانما يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة . (١٦٢) وبعبارة أخرى فان لكل من الغبن والظروف الطارئة وقتين مختلفين لا تطابق بينهما فحيث ينتهى وقت عمل أحكام الغبن يبدأ وقت اعمال أحكام الظروف الطارئة .

(٢) لقد أورد المشرع حالات الغبن على سبيل الحصر فالغبن ليس سببا عاما لابطال العقود يضاف لذلك أن الجزاء الذى فرضه المشرع للغبن ليس واحدا وانما يتنوع ويختلف باختلاف الحالة محل النزاع ومن بين الحلول التى نص عليها المشرع الآتى : ـ (١٦٣)

أ ـ قد يتمثل الجزاء فى تكملة الثمن . كما فى بيع عقار القاصر (م٤٢٥ مدنى) .

ب ـ وقد يكون الجزاء متمثلا فى اتاحة الرجوع فى العقد . كما فى عقد القسمة (م٨٤٥ مدنى) .

جـ ـ وقد يكون الجزاء هو تعديل الالتزام زيادة أو نقصا . كما فى أجر الوكيل (م٧٠٩ مدنى) .

د ـ وقد يتمثل فى البطلان المطلق . كما فى الشركة الجائرة (م١/٥١٥ مدنى) ومخالصات القاصر (م٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .

هـ ـ وأخيرا قد يتمثل الجزاء فى انقاص حد الفائدة عند تجاوزها (م٢٢٧ مدنى) .

---

١٦٢ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٢٩١ .

١٦٣ ـ مشار الى هذه الحالات : د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص١٨٨ ومابعدها .

(٣) يجب أن يوجد أصل الغبن فى العقد أما ازاء الظروف الطارئة فثمة انقلاب طرأ خارج العقد بسبب حادثة عرضية وغير متوقعة. (١٦٤)

واذا كانت فكرة الغبن بمفهومه التقليدى قد فشلت فى الاعتداد بها كأساس لنظرية الظروف الطارئة فقد يغرى ذلك البعض بالتقاط فكرة أخرى متفرعة عن الغبن وهى ما أطلق عليها الغبن اللاحق (١٦٥) وتقديمها كأساس لنظرية الظروف الطارئة . ولنلقى بعض الضوء على هذه الفكرة ثم نرى مدى صلاحيتها كأساس لهذه النظرية .

تكمن فكرة الغبن اللاحق فى أنها محاولة من بعض الفقهاء الفرنسيين لاثناء المشرع الفرنسى والقضاء عن موقفيهما المعادى لنظرية الظروف الطارئة الا أنه رغم ذلك فمازال المشرع الفرنسى تشايعه فى ذلك محكمة النقض متمسكا برأيه حتى بلغ الأمر حدا من البغض جعل محكمة النقض الفرنسية تحرص كل الحرص على ألا تبعث هذه النظرية مطلقا فى ميدان القانون الخاص بعد أن قضت عليها قضاء مبرما . (١٦٦)

والغبن اللاحق كما تصوره بعض من الفقه الفرنسى هو : " عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذى يحدث فى الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد وحصول الأمر الذى يتوقف عليه الانعقاد النهائى للعقد بسبب حدوث ظرف طارئ . (١٦٧)

---

١٦٤ ـ د. عبد الحى حازى ـ المرجع السابق ص ٥٦١ مقروءة مع هامش (٣) .

١٦٥ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٤٧ ومابعدها .

١٦٦ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٩١ .

١٦٧ ـ المرجع السابق ص ١٩٣ .

ومن التعريف السابق يبين لنا أن فكرة الغبن اللاحق تطبق فى الفرض الذى يبرم فيه العقد نهائيا على مرحلتين الأولى وهى مرحلة الوعد بالتعاقد والثانية هى الاتمام النهائى للعقد وبين هاتين المرحلتين أى بعد اصدار الوعد وقبل حصول الأمر الذى يتوقف عليه الانعقاد النهائى للعقد تحدث ظروف تخل بالتعادل القائم بين التزامات الطرفين. (١٦٨) وفى هذه الحالة يمكن معالجة هذا الاختلال بوسيلة الغبن اللاحق.

وبقليل من التأمل وعلى ضوء الاطار السابق لفكرة الغبن اللاحق نستطيع الجزم بأن هذه الفكره لا جديد فيها بل هى الوجه الآجر لعملة الغبن التقليدى ووجه لا تختلف ملامحه عن الوجه الآخر بل يتطابقان.

وتفصيل ذلك أن الوعد بالتعاقد ماهو الا مرحلة وسطى بين الايجاب والتعاقد النهائى. (١٦٩) وعلى ضوء ذلك فالمنطق القانونى يقضى بأن ينظر عند تطبيق أحكام الالتزام الى يوم اظهار الموعود له رغبته لا يوم تحقق الوعد لأنه من وقت اظهار تلك الرغبة يتم العقد النهائى — ان اتجهت الى ذلك رغبة الموعود له — وتترتب احكامه. وقد سايرت أحكام القضاء الفرنسى هذا المنطق وانتهت الى أن تقدير الغبن يتم يوم قبول الوعد وليس قبل ذلك. (١٧٠)

ولقد انبرى المشرع الفرنسى لتأييد محكمة النقض فيما ذهبت اليه حيث أصدر قانونا فى ٢٨/١١/١٩٤٩ أضاف بمقتضاه فقرة جديدة الى المادة

---

١٦٨ — المرجع السابق ص ١٨٠.

١٦٩ — د. السنهورى — المرجع السابق ص ٣٢١.

١٧٠ — نقض فرنسى فى ٩/٨/١٨٤٨ — مشار اليه د. محمد عبد الجواد — المرجع السابق ص ٢٠٥.

(١٦٧٥) ونص فيها على أنه : "فى حالة الوعد المنفرد بالبيع يقدر الغبن فى يوم تحقق الوعد ". (١٧١)

ومعنى ما تقدم أن الغبن نشأ معاصرا للعقد وقد سمى بالغبن اللاحق لأن الظروف التى أدت اليه طرأت فى وقت لاحق للوعد . ولذلك لم يـــأت القضاء الفرنسى بقواعد جديدة يطبقها فى هذه الحالة وانما طبق تلـــك النصوص الخاصة بالغبن والواردة بالمجموعة المدنية الفرنسية .

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد حدد على سبيل الحصر نطـــاق تطبيق فكرة الغبن اللاحق والتى تتمثل فى حالة الوعد ببيع العقار وقـــد خصص لها المواد من ١٦٧٤ ـ ١٦٨٣ (١٧٢)

وتطبيقا لما سبق قضت محكمة استئناف باريس فى ٢٥/٤/١٩٢٨ بابطال عقد بيع بسبب الغبن الذى تحقق وجوده فى وقت ابداء رغبة الموعود له بالشـراء مع أن هذا الغبن لم يكن موجودا عند الاتفاق على الوعد بالبيع .

وقد علق أحد الفقهاء الفرنسيين على هذا الحكم بقوله : "فى هـــذه الحالة يوجد غلط من ناحية البائع لا اكراه وهو عدم توقعه لارتفاع الأسعار." (١٧٣)

---

١٧١ ـ مشار اليه المرجع السابق ص ٢٠٧ وترجمة النص الفرنسية هى : ـ

"en cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation".

١٧٢ ـ المرجع السابق ص ٢٠١ .

١٧٣ ـ المرجع السابق ص ٢٠٦ .

"dans ce cas ily a erreur, imprévision de la part du vendeur mais non pas contrainte ".

وبذلك ننتهى الى أن فكرة الغبن اللاحق بمفهومها السابق لا تصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة اذ أن هذه الفكرة مازالت تحصرنا فى فترة ابرام العقد ولا تتجاوزها الى مابعد ذلك.

أما ما قال به بعض الفقهاء الفرنسيين من أنه يوجد وجه آخر للغبن اللاحق يتمثل فى الغبن اللاحق على انعقاد العقد. (١٧٤) "lésion post-contractuelle" فانه يعد من قبيل التحايل لتوسيع دائرة الغبن اللاحق بلا تحفظ ردا على موقف المشرع الفرنسى لعدم اعترافه بنظرية الظروف الطارئة الا أن هذا الرأى يفتقر الى المعطيات الفنية التى تنتصر له خاصة وأننا اذا لاحظنا مفهوم هذا الفقه للغبن اللاحق لانعقاد العقد نراه هو ذاته مفهوم نظرية الظروف الطارئة ولا جديد فى ذلك مما يمكن معه القول بأنهما مترادفان والخلاف فى التسمية فقط.

وأبلغ دليل على ذلك ماقاله بعض الفقهاء الفرنسيين بأن: " نظرية الظروف الطارئة ماهى الا جزاء للغبن اللاحق ". (١٧٥)

وبأن: " فكرة الغبن اللاحق تعتبر تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة تحت ستار الغبن ". (١٧٦)

---

١٧٤ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٩١ .

١٧٥ ـ المرجع السابق ص١٨٩ .

"la théorie de l'imprévision apparait comme la sanction d'une lésion à postériori ".

١٧٦ ـ المرجع السابق ص٢٠٧ .

" introdution de l'imprévision sous le manteau de la lésion ".

المطلب الثالث
فكرة الاثراء بلا سبب

رد د البعض فكرة الاثراء (١٧٧) بلا سبب على أنها أساس لنظرية الظروف الطارئة وعلته فى ذلك أن الدائن الذى يتمسك بتنفيذ العقد المرهق للمدين ارهاقا فادحا انما يثرى بذلك على حساب المدين دون سبب (١٧٨)

والاثراء بلا سبب قاعدة قديمة قدم مبادئ العدالة والقانون الطبيعى ومفادها أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانونى يلتزم بأن يرد لهذا الغير الذى افتقر قدر ما أثرى به فى حدود مالحق المفتقر من خسارة فيجب على المثرى أن يرد أقل قيمتين وهما مقدار ما أثرى أو مقدار ما افتقر به الغير . (١٧٩)

فاذا استولى شخص على ملك غيره دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب مشروع ثم قام بالظهور على هذا المال بمظهر المالك القانونى له يكون بذلك قد أثرى على حساب غيره ثراء غير مشروع ويلتزم بأن يرد لهذا الغير أقل القيمتين : ما أثرى به هو أو ما افتقر به هذا الغير .

---

١٧٧ ــ مشار لهذا الأساس: د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٥٨ ، د. عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص٣٣٢ ، د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٤٠٣ .

١٧٨ ــ د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٤٠٣ ، د. عبد الرحمن عياد ــ أساس الالتزام التعاقدى ــ النظرية والتطبيقات ــ طبعة سنة ١٩٧٢ ص١٣٦ ، نصيف زكى المرجع السابق ص١٣١ ، د. محمد كامل مرسى ــ شرح القانون المدنى الجديد جـ١ الالتزامات ص٥٦٣ .

١٧٩ ــ د. عبد المنعم الصدة ــ المرجع السابق ص٥٨٦ .

وقاعدة الاثراء بلا سبب لا تتوافر الا بثلاثة ضوابط نسوقها دون تفصيل لانه ليس هذا مجال بسطها وتلك الضوابط تتمثل فى اثراء المدين وافتقار الدائن المترتب على هذا الاثراء وأخيرا انعدام السبب القانونى لهـذا الاثـراء ٠

والضابط الأخير هو محك الأمر فيجب حتى تسمع دعوى الاثراء بلا سبب أن يكون المدعى عليه فيها قد أثرى على حساب المدعى بلا سبب٠ وعلى العكس من ذلك لو كان لديه سبب لاثرائه فلا يلتزم بالرد ٠

فالسبب له معنى قانونى بحت وهو أن يكون للمثرى حق قانونى فى كسب الاثراء الذى حصل عليه وهذا الحق لا يخرج عن أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما معظم الحقوق وهما العقد أو القانون ٠ (١٨٠)

وبعبارة أخرى فان الاثراء يكون مشروعا اذا كان مطابقا للقانون وهو يكون كذلك اذا كانت الواقعة التى ينشأ عنها هذا الاثراء تبرر حصول المثرى عليه فاذا كان الاثراء قد أضيف الى ذمة المثرى نتيجة لتصرف قانونى (كأثر الرابطة العقدية مثلا) فهو مشروع ولا وجه لالتزام المثرى بالرد مادام التصرف الذى أكسبه الاثراء قائما ولا تقتضى أحكامه هذا الرد٠ (١٨١)

وبعد هذا المطاف القصير للتعرف على مضمون قاعدة الاثراء بلا سبب نعود مرة أخرى لمطابقة هذا المضمون وهل يصلح أساسا لتبرير النظرية محل البحث من عدمه٠

---

١٨٠ ـ د٠ السنهورى ـ الوسيط ـ المجلد الثانى ـ العمل الضار والاثراء بلا سبب طبعة سنة ١٩٨١ ص١٥٩٣ ٠

١٨١ ـ د٠ جميل الشرقاوى ـ المرجع السابق ص٩٥ ٠

لا شك أن الاجابة على ذلك بالنفى لأن أركان الاثراء بلا سبب تشترط ألا يكون هناك سبب قانونى (كالعقد مثلا) يحكم الواقعة المدعى أنها سبب لاثراء المدعى عليه فان وجد هذا العقد فانه يعد سببا صحيحا للاثراء ولا يكون هناك وجه لاعمال القاعدة التى نحن بصددها .

وتأكيدا لذلك فقد ورد بالأعمال التحضيرية للتقنين المدنى : "والشرط الثالث ألا يكون للاثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما فلا يجوز للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الاثراء بلا سبب لأن بين العاقدين تصرف قانونى هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما واثراء الآخر . (١٨٢)

وبذلك يكون رد أساس النظرية لقاعدة الاثراء بلا سبب هو من أوهى التبريرات ولقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها : " اذا كان الثابت أن علاقة الطاعن والمطعون عليه الأول يحكمها عقد ايجار مبرم بينهما فلا محل لتطبيق قواعد الاثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية وتكون أحكام العقد هى المرجع فى تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الأخر . (١٨٣)

وكذلك قضت بأن : " انفاق المستأجر مصروفات على اصلاح البور واحياء الموات بالعين المؤجرة له وهى من المصروفات النافعة ـ التى لم

---

١٨٢ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ٢ ص٤٤١ .

١٨٣ ـ نقض مدنى ١٩٧٧/١١/١٢ فى الطعن رقم (٥) لسنة ٤١ ق .
مشار اليه : محمد كمال عبد العزيز ـ التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء طبعة سنة ١٩٨٠ ص٧١٨ .

يثبت حصول الاتفاق عليها ـ وليست من المصروفات الضرورية لحفظ العين من الهلاك فلا محل معه للرجوع بهذه المصروفات استنادا لقاعدة الاثراء بلا سبب مادام هناك عقد يحكم علاقة الطرفين اذ أن للاثراء والافتقار سببا مشروعا هو عقد الايجار القائم بين الطرفين ولأن هذه المصروفات قد أفاد منها المستأجر طوال مدة استغلاله للعين فينعدم بذلك قانونا شرط افتقار المستأجر الذى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع. (١٨٤)

وللتعليق على الحكم الأخير نجد أن محكمة النقض رفضت دعوى المستأجر فى مطالبته المؤجر بالمصروفات التى قام بانفاقها على العين المؤجرة وذلك من عدة وجوه : ـ

أولا : أنه لا يجوز الرجوع بهذه المصروفات النافعة استنادا الى قاعدة الاثراء بلا سبب لوجود عقد يحكم العلاقة بين الطرفين ولم يحصل اتفاق بينهما فى هذا العقد على انفاق مثل هذه المصروفات من قبل المؤجر أو المستأجر على أن يعود بها على الأول وفى ذلك تأكيد من محكمة النقض بأنه لا يجوز الاستناد لهذه القاعدة مع وجود العقد وكذلك لاحق للمدعى فى دعواه اذا لم يكن موضوعها محل اتفاق بين طرفى العقد .

ثانيا : أن محكمة النقض قد أرادت أن تحكم الأمر فردت على ما قد يثور فى الذهن من تساؤل مؤداه : هل يجوز للشخص الادعاء المؤسس على قاعدة الاثراء بلا سبب طالما أن الصلة بين موضوع هذا الادعاء وبين العقد منبتة تماما كما أوضحت محكمه النقض أن العقد موضوع الدعوى لم يتطرق لمسألة المصاريف؟

---

١٨٤ ـ نقض مدنى فى ١٩٦٦/٥/١٠ ـ م نقض م ـ ١٧ ـ ١٠٦٤ .

أرادت محكمة النقض أن ترد على هذا التساؤل الافتراضي من أن الدعوى التي نحن بصددها لا تسمع حتى لو أسست على قاعدة الاثراء بلا سبب لفقد ركن من أركان تلك القاعدة وهو افتقار المدعي (المستأجر) لأنه قد أفاد من هذه المصروفات طوال مدة استغلاله للعين وبأن سبب الاثراء والافتقار هنا مشروع ألا وهو العقد المبرم بين الطرفين لاستئجار العين ٠

وختاما لما سبق فالدائن الذى يتمسك بضرورة تنفيذ العقد المبرم بينه وبين المدين احتراما لمبدأ لزوم العقد لايعد ـ بطلبه هذا ـ مثريا على حساب المدين بلا سبب حيث ان السبب يعد متوافرا وهو العقد الصحيح بغض النظر عن الارهاق الذى سيصيب المدين من جراء هذا التنفيذ نتيجة للظرف الطارئ ٠

المطلب الرابع
نظرية التعسف فى استعمال الحق

ارتأى بعض من الفقهاء أن الدائن الذى يتمسك بضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى رغم ما يتهدده من خسارة فادحة نتيجة للظرف الطارئ يعد متعسفا فى استعمال حقه. (١٨٥)

والتعسف فى استعمال الحق هو من ابتكار المذهب الاشتراكى الذى ينظر للحق على أنه وسيلة تسعى لغاية يحددها المجتمع فان انحرف استعمال الحق عن هذه الغاية فان صاحبه يكون قد أساء استعماله. (١٨٦)

وبرغم أن فكرة التعسف فى استعمال الحق تتنافى تماما مع المذهب الفردى الذى يعطى للأفراد حقوقا مطلقة لايحدها سوى حقوق الآخرين الا أن الفقه الحديث والذى تأثر بالنزعات الاشتراكية والاجتماعية بدأ ينظر كذلك للحق على أنه وسيلة تسعى لغاية يحددها المجتمع. (١٨٧)

ويهمنى فى هذا المقام ابراز أن التعسف فى استعمال الحق يعد تطبيقا

---

١٨٥ ــ مشار لهذا الأساس: د. السنهورى ــ الوسيط ــ العقد ص٨٥٨،
د. عبد المنعم الصدة ــ المرجع السابق ص٢٣٢، د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٤٠٣.

١٨٦ ــ د. عبد المنعم البدراوى ــ مبادئ القانون طبعة١٩٧٢ ص٣٦٩.

١٨٧ ــ د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٣٧٠، د. اسماعيل غانم ــ محاضرات فى النظرية العامة للحق طبعة١٩٥٨ ص١٦٥،
د. احمد سلامة ــ المدخل لدراسة القانون ــ الكتاب الثانى ــ نظرية الحق طبعة١٩٧٤ ص٣٥٦.

لفكرة الخطأ لأن الأمر فى النهاية ينتهى الى المطالبة بالتعويض نتيجة الأضرار المترتبة على التعسف والتعويض لا يتصور الا اذا كان هناك خطأ سبب ضررا وبينهما علاقة سببية كما نعلم كذلك أن المسئولية نوعان عقدية أو تقصيرية والأولى أساس المطالبة بالتعويض فيها هو وجود عقد يحكم العلاقة بين الطرفين ثم حدث من أحدهما اخلال بالتزامه التعاقدى فان لم يحكم علاقة الطرفين عقد تكون المسئولية تقصيرية وكلا المسئوليتين أساس التعويض فيهما الخطأ ٠

وعلى هذا فمن يتعسف فى استعمال حقه يكون مخطئا لانحرافه عن سلوك الشخص المعتاد — حيث ان الرجل العادى يستعمل حقه دون اعتساف فيه — ويلتزم بتعويض المضرور على أساس المسئولية التقصيرية ٠

ويثور التساؤل : هل تعد نظرية التعسف فى استعمال الحق بالوضع السابق أساسا يبرر الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ؟ ٠ وبعبارة أخرى : هل يعد الدائن الذى يتمسك بضرورة تنفيذ المدين المرهق لالتزامه متعسفا فى استعمال حقه ؟ ٠

الرأى عندى أنه لايعد متعسفا فى استعمال حقه رغم قيام الارهاق فى جانب المدين واذا كان يمكن اعادة النظر فى طلب الدائن فانما يكون ذلك على أساس بعيد تماما عن نظرية التعسف فى استعمال الحق ٠

فالدائن فى هذه الحالة يكون — كمبدأ عام — فى مقام الرجل العادى الذى يتمسك بحق له متولد من العقد الذى أحاطه المشرع بكافة الضمانات وبالتالى لايكون متعسفا ٠

بل انه يمكن القول بان التعسف لايجتمع مع الحق اذ هما نقيضان لايجتمعان وأن الحقوق — خاصة فى الشريعة الاسلامية مصدر نظرية

التعسف فى القانون المدنى الجديد – تثبت مقيدة بعدم الضرر فاذا كان لدى الشخص قصد الضرر أو كان الضرر الناتج يرجح النفع زالت عن الفعل صفة أنه حق لأن الحق يجب أن يؤذن به من الشارع وكيف يأذن الشارع فيما غلب ضرره على نفعه. (١٨٨)

ولنستعرض حالات التعسف الواردة بالمادة الخامسة من التقنين المدنى لنتعرف على مدى ملاءمتها كلها أو بعضها كأساس للنظرية محل البحث.

تنص المادة الخامسة من التقنين المدنى على الآتى : –

" يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية " : –

أ – اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير.

ب – اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها.

جـ – اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة".

وبادئ ذى بدء ننوه الى أن نص المادة الخامسة سالف الذكر قد أثار خلافا بين الفقهاء ومكمن الخلاف ينحصر فى تساؤل هام هو : هل المشرع قد أورد حالات التعسف على سبيل الحصر أم على سبيل المثال ؟ .

فقد ذهب البعض الى ان الحالات الواردة بالمادة الخامسة هى على

---

١٨٨ – الشيخ محمد أبو زهرة – اساءة استعمال الحق – مجلة ادارة قضايا الحكومة – السنة الخامسة – العدد (٣) ص ٨٢ ومابعدها.

سبيل المثال لا الحصر . (١٨٩) لأنها مجرد عرض لأظهر حالات التعسف ولا يمنع بالتالى من توافر التعسف فى غيرها ويستند هذا الرأى الى ماجاء فى المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى من أن تفصيل تلك الضوابط " يهيء للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد " . (١٩٠) ويضيف تأكيدا لذلك أن الشارع لم يقصد أن يقيد القاضى بتلك الحالات فقط .

ولقد ذهب رأى آخر فى الفقه الى القول بأن معايير التعسف الواردة بالمادة الخامسة هى على سبيل الحصر . (١٩١)

وان كان لنا أن نرجح بين الرأيين السابقين فاننا نميل للرأى الثانى ولنا مآخذ على الرأى الأول تتمثل فى الآتى : —

(١) ينم نص المادة الخامسة بالقطع على ورود حالات التعسف على سبيل الحصر يؤكد ذلك التفسير اللغوى له فالمشرع يقول : " يكون استعمال

---

١٨٩ — د. جمال الدين زكى — الحقوق العينية الأصلية — طبعة ١٩٧٦ ص٥٨ ، د. حسن كيرة المدخل الى القانون ص٨٧١ ، د. حسين عامر سوء استعمال الحق طبعة أولى سنة ١٩٤٧ ص٦٠ ، محمد خضرى الجابرى — القاضى — التعسف فى استعمال الحق بين الشريعة والقانون المحاماة — السنة ٥٨ العدد ٧ ، ٨ ص٨٤ .

١٩٠ — مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ١ ص٢٠٩ .

١٩١ — د. السنهورى — الوسيط — ٢ العمل الضار والاثراء بلا سبب ص. ١١٨ ، د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص٣٧١ ، د. اسماعيل غانم — المرجع السابق ص١٦١ ، د. احمد سلامة المرجع السابق ص٣٥٤ ، د. احمد شوقى محمد عبد الرحمن — النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام ص. ٢١ .

الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية ... " فلو كانت حالات النص مسوقه على سبيل المثال لصاغها المشرع بطريقة أخرى كقولة : " يكون استعمال الحق غير مشروع كمافي الحالات الآتية . (١٩٢) وفى هذه الحالة لاتثريب على من يدعى أنها على سبيل المثال حيث يتسع المنطوق لمثل هذا التفسير .

أما كون المشرع قد فضل الصياغة على النحو المتقدم فذلك يفيد بحصره لصور التعسف .

(٢) أن التعليل بما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أن ذلك يهيء للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد فذلك كلام صحيح ومتقبل ولكن ليس على أساس أن للقاضى الحرية فى ادخال حالات أخرى ولكن وكما قال بحق أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوى : " أن القانون المصرى فى تحريمة للتعسف فى المادة الخامسة من القانون المدنى لم يضع معيارا عاما واحدا بل انه تجنب أن يذكر اصطلاح التعسف فى النص وانما وضع لتحديد ما يعتبر تعسفا ضوابط متعددة مراعيا أن هذه الطريقة أفضل فى هداية القاضى الى أحوال التعسف من وضع معيار مرن يترك مجالا واسعا للخلاف على تطبيقاته . (١٩٣)

---

١٩٢ ــ ومعلوم أن الكاف هنا للتشبيه والتمثيل ــ كذلك من العبارات التى تفسر على أن الحالات الواردة بعدها على سبيل المثال قوله : "ومن الحالات التى يكون استعمال الحق فيها غير مشروع .. "

١٩٣ ــ د. جميل الشرقاوى ــ دروس فى أصول القانون ــ الكتاب الثانى ــ نظرية الحق طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٢٧٤ .

وقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى : " .... والواقع أن المشرع تحاشى اصطلاح التعسف لسعته وابهامه وجانب أيضا كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة واستمد من الفقه الاسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص ومن المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيىء للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد ولاسيما أنها جميعا وليدة تطبيقات عملية انتهى اليها القضاء المصرى عن طريق الاجتهاد ". (١٩٤)

وبتقريب ماورد فى قولة أستاذنا د/ جميل الشرقاوى وماورد بمذكرة المشروع التمهيدى ننتهى الى أن المشرع قد صاغ نص المادة الخامسة بطريقة محكمة ومتقنة ولم يدع المجال مرنا وغامضا أمام القضاء مما قد يفتح الباب للاجتهاد بزيادة عدد الحالات بما يقطع بورودها على سبيل الحصر.

(٣) يضاف لذلك أن هذا الخلاف لا مبرر له ولا طائل من ورائه فصور التعسف الواردة بالمادة الخامسة من السعة والشمول والمرونة بحيث تتسع لكل صور الانحراف فى استعمال الحق. (١٩٥) فالمشرع المصرى وان اقتصر على ايراد الصور الثلاث للانحراف الا أنه فى الواقع يكشف عن اتجاهه للأخذ فى تحديد معيار التعسف بأساس موضوعى قوامه المصلحة الجادة المشروعة فحيث تغيب تلك المصلحة أو تكون تافهة أو غير مشروعة تحقق التعسف.

---

١٩٤ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ـ جـ١ ص٢٠٩.

١٩٥ ـ د. محمد شوقى السيد ـ نظرية التعسف فى استعمال الحق ـ رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٩ بند ٢٦٩.

وأعتقد أنه قد بانت الرؤية ولم يعد فى الأمر شك فى أن المشرع قد أراد وبمفهوم الموافقة أن يجعل القاضى يضع مايعرض عليه من أقضية داخل أحد القوالب الثلاثة السابقة فان انطبقت وقائع الدعوى على معيار من تلك المعايير قلنا بوجود التعسف والعكس صحيح لأنه لايجوز للقاضى أن يبتكر معيارا أو ضابطا من عنده خاصة وأن المشرع لم يرخص له فى ذلك .

وعلى هذا وقبل استعراض الحالات الثلاث للتعسف لمعرفة أى منها يصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة فقد تصدى بعض من الفقهاء الى هذا الأساس لتفنيده فمنهم من قرر أن التعسف فى استعمال الحق يفترض وجود خطأ من جانب المسئول ولا يمكن هنا أن ننسب خطأ ما للدائن الذى يطلب تنفيذ العقد . (١٩٦) ومنهم من يرى أن الدائن قد أراد بتراخى التعاقد الى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف فاذا هى تغيرت وطالب بحقه الذى تعاقد من أجله كان متبصرا لا متعسفا . (١٩٧)

وبرغم مافى هذه الانتقادات من وجاهة ووضع للأمور فى نصابها الا أن ذلك لايعفى من استعراض حالات التعسف الثلاث لتحليل كل حالة منها على حدة ثم تقييمها من منظور مدى صلاحيتها كأساس للنظرية محل البحث .

أولا : قصد الاضرار بالغير : ـ

(l'intention de nuire)

طبقا لهذا المعيار يعد الشخص متعسفا اذا استعمل حقه ولم يقصد من وراء ذلك سوى الاضرار بالغير .

---

١٩٦ ـ د . عبد المنعم البدراوى ـ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ١ مصادر الالتزام طبعة ١٩٧١ ص٤٠٤ .

١٩٧ ـ د . السنهورى ـ الوسيط ـ المجلد الأول ـ العقد ص٨٥٨ .

وقصد الاضراريعني سوء النية وهو أمر خفي يكمن داخل الانسان ولكنه يتخذ مظهرا خارجيا في العمل ينم عن قصد صاحبه. وعلى هذا فهناك أمارات عدة يستدل من خلالها على سوء القصد ومنها انتفاء أية مصلحة لصاحب الحق من جراء استعماله لحقه.

وعلى هذا فاذا كان هذا المعيار شخصي فهو قد تمخض عن معيار موضوعي هو غيبة المصلحة. (١٩٨)

مثال ذلك: قيام الشخص ببناء حائط في ملكه بقصد حجب الضوء والهواء عن منزل جاره أو أن يحفر شخص أرضه الزراعية لمجرد الاضرار بزراعة جاره وعلى العكس لو كان لشخص حديقة مجاورة لمنزل شخص آخر ثم بنى فيها مخزنا ليستعمله في تجارته مثلا فلا يعد بذلك متعسفا وفقا لهذا المعيار. (١٩٩)

وبانزال هذا المعيار – وفقا لمفهومه السابق – على نظرية الظروف الطارئة نرى أنه لا يصلح أساسا لها اذ أن الدائن وهو يطالب مدينه المرهق بضرورة تنفيذ التزامه لا يكون متعسفا لانتفاء قصد الاضرار به فضلا عن أنه بذلك يؤكد تمسكه بتطبيق القانون متمثلا في ضرورة احترام مبدأ لزوم العقد والذى لولاه – بما يوفره من ضمانات للتنفيذ – ما ارتبط

---

١٩٨ – د. محمد شوقي السيد – المرجع السابق بند ٢٧٤، ٢٧٥، د. حسين عامر – التعسف في استعمال الحق – الطبعة الأولى ١٩٦٠ بند ٦٥٤.

١٩٩ – د. جميل الشرقاوى – المرجع السابق ص٢٧٥، د. احمد سلامة – المرجع السابق ص٣٥٠ د. حسين كيرة المرجع السابق ص٤٧٧، د. اسماعيل غانم – المرجع السابق ص١٦٢.

بالمتعاقد الآخر فضلا عن أن الدائن لا يفاجئ المدين بطلبه هذا ولايزيد أو ينقص عما ارتبط به مع المتعاقد الآخر اذ كل مايريده هو تنفيذ ما التزم به خاصة وأن الظرف الطارئ لم يكن يتوقعه أحد من الطرفين وليس من صنع أحدهما .

هذا بالاضافة الى أن مسلك الدائن لاينم عن سوء قصده بل هو مشروع وغايته معروفة سلفا للمدين . وحتى لو افترضنا أن الدائن حينما يطالب مدينه المرهق بضرورة التنفيذ كان يقصد الحصول على حقه ولو أدى ذلك الى الاضرار بالمدين فلا تثريب عليه فى ذلك لأنه يود الحصول أصلا على الأداء المقابل طبقا للارتباط التعاقدى بينهما وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور / السنهورى فى وسيطه : "... فانه لايكفى أن يقصد صاحب الحق الاضرار بالغير بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا على الضرر الذى يلحقه بالغير فقصد الاضرار بالغير فى هذه الحالة لايعتبر تعسفا اذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . أما اذا كان قصد احداث الضرر هو العامل الأصلى الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للاضرار بالغير اعتبر هذا تعسفا . (٢٠٠)

ويؤكد ماسبق قوله أن الدائن الذى يطالب مدينه المرهق بتنفيذ التزامه

---

٢٠٠ ــ د. السنهورى ــ الوسيط ــ المجلد الثانى ــ العمل الضار والاثراء بلا سبب والقانون ص ١١٨١ بند (٥٦٠) .

لايعد متعسفا ماورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه : " .... وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الاسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ بـه والجوهرى فى هذا الشأن هو توافر نية الاضرار ولو أفضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير ". (٢٠١)

وتطبيقا لما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى فانه لايمكن الادعاء بأن مطالبة الدائن تنتفى معها المصلحة كليا بل انه لا يطالب المدين الا لتحقيق مصلحته المتمثلة فى الأداء الملتزم به هذا الأخير .

ثانيا : عدم التناسب بين المصلحة والضرر : ـ

وهذا المعيار موضوعى قوامه الموازنة بين المصلحة التى يجنيها صاحب الحق من جراء استعماله والأضرار التى تصيب الطرف الآخر من وراء هذا الاستعمال بحيث نقول بوجود التعسف اذا لم يكن هناك تناسب البته بين المصلحة والضرر المترتب على استعمال الحق للحصول على هذه المصلحة. فان تبين عدم التناسب الشديد كان هناك اعتساف فى استعمال الحق وبذلك فلو أن أهمية المزايا تقل قليلا عن أهمية الأضرار لما كان هناك تعسف. (٢٠٢)

كذلك لو تساوت المصلحتان انتفى التعسف لأن الضرر لا يدفع بضرر

---

٢٠١ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ١ ص٢٠٩ .

٢٠٢ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ مبادئ القانون ـ الكتاب الثانى نظرية الحق ص٣٧ .

مثله حسبما هو مقرر في الفقه الاسلامى الذى يعتبر مصدرا للنص[٢٠٣]

ومن الأمثلة الشائعة لذلك حالة تجاوز شخص حدود ملكيته بحسن نيه وذلك بالبناء على أرضه وعلى جزء يسير جدا من أرض[٢٠٤] الغير فـــان تمسك الجار بضرورة هدم البناء كان متعسفا فى استعمال حقه لأن الأضرار الناجمة عن هدم عمارة ضخمة لا تتناسب على الاطلاق مع المزايا الــــتى ستعود على صاحب الأرض باسترداده المساحة اليسيرة التى بنى عليهـــا الجار .

ويرى[٢٠٥] البعض أن لفظ " البته " الذى أضافته لجنة المراجعة الى عبارة البند الثانى والذى يتحدث عن المعيار الذى نحن بصدده ــ حيث كان نص المشروع خاليا منه ــ يكشف عن أنه لا يكفى مطلق عـــــدم التناسب بمجرد زيادة أهمية الضرر الناجم عن استعمال الحق على أهميــة المصلحة التى يحققها هذا الاستعمال لصاحب الحق وانما يلزم أن يكــون عدم التناسب بينـا أى جسيما أو فاحشا .

وعلى العكس من ذلك يرى آخرون أنه يكفى مجرد رجحان الضرر أيـــا كانت درجة عدم التناسب .[٢٠٦]

وبانزال مضمون هذا المعيار على النظرية محل الدراسة نجد أنـــــه لا يصلح كذلك أساسا لها لأن الدائن الذى يطالب مدينه المرهق لا يعد

---

٢٠٣ ــ د. محمد شوقى السيد المرجع السابق بند ٢٧٧

٢٠٤ ــ د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق نفس الموضع .

٢٠٥ ــ د. حسن كيرة ــ المرجع السابق ص٧٧٨ .

٢٠٦ ــ د. محمد شوقى السيد ــ المرجع السابق بند ٢٨٩ .

متعسفا بادعاء أن مايجنيه من مصلحة نتيجة هذه المطالبة لايتناسب مع ما سيصيب المدين من خسارة فادحة . حقيقة أن الدائن يطالب مدينة بحقة المتولد من العقد وان كان ذلك يتم فى ظروف شاذة غير طبيعية الا أن ذلك لايبرر اطلاقا أن يحجر على طلبه بمقولة أنه متعسف لاختلال الموازنة بين المصلحة التى سيجنيها والضرر الذى سيصيب المدين لأن كم المصلحة التى سيجنيها الدائن مقدر سلفا عند الاتفاق بين الطرفين حال ابرام العقد فى صورة أداءات معينة ومحددة على عاتق كل طرف فليست هناك مفاجأة فى مطالبته لمدينه .

ولا نقول أن الدائن قد تجاوز فى ذلك مما يستوجب معه اضفاء صفة الاعتساف على سلوكه لأن حقه تولد عن العقد وأحكام الأخير كفيلة بأن توقف من يتجاوز حدود المتفق عليه عند حده . فضلا عن ذلك فانه اذا كان القانون هو الشريعة العامة فالعقد هو الشريعة الخاصة فيما بين طرفيه مما يعنى أن الحقوق المتولدة عنه هى بذاتها نصوص قانونية آمرة على الملتزم بها القيام بأدائها بالكيفية المتفق عليها والا تعرض للمسائلة فاذا ما قام الدائن باستعمال هذا الحق فهو فى مقام الرجل العادى وقد علمنا أن هذا الأخير فى سلوكه المألوف لايعد متعسفا فى استعمال حقه .

ثالثا : عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها :

وهذا المعيار من البساطة بحيث لا يحتاج الى مزيد شرح فهو معيار موضوعى وان كان طريق الوصول اليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق.(٢٠٧)

٢٠٧ ـ د. السنهورى ـ المرجع السابق ص١١٨٤ بند (٥٦٢) .

فالسلوك المألوف للرجل المعتاد يأبى أن يجعل استعمال الحق مطية للوصول الى أغراض غير مشروعة بما يقلب الحق الى مفسدة أو مخبثة .

ومن الدعاوى الشهيرة فى هذا المقام والتى يقتفى أثرها القضاء المصرى حتى الآن الدعوى الخاصة بالطعن رقم ٤٧ للسنة الثالثة القضائية والتى تخلص وقائعها فى أن بعض الورثة انكروا صفة الوارث لأحدهم مما اضطره الى الالتجاء للمحاكم الشرعية والأهلية والمختلطة فضلا عن تعاقده مع بعض الأشخاص لمباشرة تلك الدعاوى مما كبده أموالا طائلة وقد قضت محكمة الاستئناف له بالتعويض على أساس وقوع ضرر يرجع الى الاجراءات التعسفية التى اتخذت من جانب المستأنفات لعرقلة سير الدعوى ـ ولما طعن فى حكم الاسئناف بالنقض أرست محكمة النقض مبادئ قانونية هامة يحسن التعرض لها وتخلص فى أن انكار الدعوى من جانب الخصم هو حق مشروع لكل مدعى عليه أما اذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادى فى انكاره أو بالتغالى فيه ابتغاء مضارة خصمه فان هذا الحق ينقلب عندئذ مخبثة مما يجيز للمحكمة الحكم عليه بالتعويضات. (٢٠٨)

من الحكم السابق نستطيع أن نؤكد أن استعمال الحق يصبح خارج نطاق المشروعية اذا كان صاحبه يقصد بهذا الاستعمال الوصول الى نتائج يجرمها القانون فالمعيار هو اذا مخالفة القانون .

وفضلا عن وقائع الدعوى السابقة فهناك أمثلة شائعة لهذا المعيار كمن يستعمل منزله لأغراض مخالفة للقانون مثل تنظيم ألعاب القمار أو ايواء

---

٢٠٨ ـ نقض مدنى ٩/١١/١٩٣٣ ـ مجموعة محمود عمر جـ ١، ص ٢٥٥ رقم ١٤١ .

المجرمين ٠ كذلك كافة حالات مخالفة النظام العام والآداب٠ (٢٠٩)

بعد هذه الالمامة السريعة لمضمون هذا المعيار نرى أن البون بعيد لاعتباره أساسا لنظرية الظروف الطارئة فلا يمكن الادعاء بأن الدائن فى سعيه الى التنفيذ يهدف الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ٠ (٢١٠)

وان كان لنا كلمة نقولها فى نهاية هذا المطاف أن من قالوا بأن الدائن يعد متعسفا بمطالبته للمدين المرهق نسوا حقيقة هامة وهى أنه لو كان هناك خطأ يمكن نسبته للدائن فى هذه الحاله فانما يكون تأسيسا على المسئولية العقدية لاخلاله بالتزام تعاقدى وفى هذه الحالة لا يمكن اعتباره متعسفا فضلا عن أن المسئولية الناشئة عن التعسف هى مسئولية تقصيرية ٠

وبذلك نكون قد انتهينا الى أنه ليس بين حالات التعسف ونظرية الظروف الطارئة من العلاقة شروى نقير ٠

---

٢٠٩ ــ د٠ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ص٢٧٨ ، د٠ محمد شوقى السيد ــ المرجع السابق بند ٢٧٨ ، د٠ حسين عامر ــ المرجع السابق ــ بند ٢٧٩ ٠

٢١٠ ــ د٠ عبد الرحمن عياد ــ المرجع السابق ص١٣٦ فقرة (٧٥) ، د ٠ عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزامات ــ مصادر الالتزام ص٤٠٤ ٠

المطلب الخامس
نظرية السبب

تنص المادة (١٣٦) من التقنين المدنى المصرى على الآتى : " اذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " .

ولقد أثارت نظرية السبب خلافا كبيرا بين الفقهاء فوجدت النظرية التقليدية التى ذهبت الى أن المقصود بالسبب هو سبب الالتزام أى السبب المباشر .

فسبب التزام كل متعاقد يتمثل فى التزام المتعاقد الآخر على اعتبار أن ذلك هو الغرض المباشر الذى يحرص على تحقيقه فالمشترى يلتزم بدفع الثمن لالتزام البائع بنقل الملكية وعلى ذلك يكون السبب واحدا فى كل أنواع العقود مهما تنوعت الغايات البعيدة أو البواعث التى يستهدف المتعاقدان تحقيقها .

فمثلا يقصد البائع من وراء ابرام عقد البيع الى الحصول على الثمن وهذا هو السبب المباشر القريب وهناك سبب بعيد غير مباشر هو اتجاه نيته الى استثمار هذا المقابل مثلا بانشاء لون من ألوان النشاط التجارى أو شراء فندق أو استخدام هذا المال للانفاق منه على ملذاته وهكذا وهذا السبب الأخير يختلف من متعاقد لآخر وهو ماعولت عليه النظرية الحديثة والتى تجاوزفى تحديد السبب مجرد الوقوف عند السبب المباشر لتصل الى أن المقصود بالسبب هو الغرض الدافع الى التعاقد وهذا ما أخذ به المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد اذ المقصود بسبب العقد هو الباعث

الدافع الى التعاقد(٢١١) وبعبارة أخرى هو الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة لافرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات(٢١٢)

وفي الحقيقة لايعنينا أمر هذا الخلاف لأن هذا البحث ليس معقودا لذلك أصلا وانما نبرز أن التزام المتعاقد لابد أن يكون له سبب مشروع وفي حالة عدم وجود سبب للالتزام أو كان السبب مخالفا للنظام العام أوالآداب كان العقد باطلا مطلقا بحسبان أن ركنا أساسيا للعقد قد انهار فيكون هو والعدم سواء بسواء ٠

ولقد أراد بعض من أنصار نظرية الظروف الطارئة أن يجدوا في نظرية السبب أساسا لتلك النظرية ٠ (٢١٣)

وحجة من قال بذلك أن الالتزام العقدي اذا جاوز الحد المألوف وصار مرهقا فانه لا يقوم على سبب كامل أو لا يستند على سبب كامل فيكون من المتعين انقاصه لأن القدر الزائد في عبء الالتزام أي العبء الطارئ الذي

---

٢١١ ـ لمزيد من التفصيل: د٠ السنهوري ـ الوسيط ـ العقد ص٤٢٤ ، د٠ حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص٢١٦ ، د٠ عبد الناصر العطار ـ نظرية الالتزام ص١٢٩ ومابعدها ، د٠ بشرى الجندي نظرية السبب ونظرية الباعث ـ مجلة المحاماة السنة ٤٢ العدد(٤) ص٣٣٧ ومابعدها ، نصيف زكي ـ نظرية السبب في التعهدات والعقود ـ المحاماة السنة ١١ ص٤٨٩ ٠

٢١٢ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ٢ ص٢٢٧ ٠

٢١٣ ـ أشير لهذا الأساس: د٠ السنهوري ـ المرجع السابق ص٨٥٨ ، د٠ عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٣٣٢ ٠

يخرج عن حدود العقد هو فى منطق هذا الفريق من الفقه قدر لا يقابله شئ من السبب. (٢١٤)

الا أن هذا الاتجاه محل نظر لأن الدائن الذى يطالب مدينه المرهق انما يؤسس هذا الطلب على العقد المبرم بينهما وطالما كان للعقد هذا الوصف أى يطلق عليه لفظ العقد فاننا بذلك نكون بصدد أداة مستجمعة لأركانها وشروط صحة كل ركن ألا وهى العقد الصحيح ومن بين أركانة وجود السبب ومشروعيته اذا فالقول بأن مطالبة الدائن لا تقوم على سبب فان ذلك يعنى انعدامه فان كان القول كذلك فالعقد باطل أصلا ولا يصلح محلا لأن تترتب عليه التزامات ولا يجوز القول ـ كالرأى السابق ـ بأن فكرة السبب فى فرضنا هذا ناقصة أو زائدة لأنها فكرة لا تنهض على مقاييس ولا شأن لها بمسألة الكم أو القيمة. (٢١٥)

فاذا ما انتهينا الى أن أساس مطالبة الدائن لمدينة المرهق هو العقد الصحيح المستجمع لأركانه ومن بينها السبب فلا يمكن أن نجرد هذه المطالبة من سببها فهى ثمرة العقد وفرع منه فلا يجوز أن نؤثر للفرع ـ وحده ـ بما لا يقوم صلاح الأصل الا به والا كان ذلك مصادرة على المطلوب.

---

٢١٤ ـ *jean-louis mouralis "imprévision" encyc. D. op cit n° 14 .*

٢١٥ ـ د. عبد الرحمن عياد ـ المرجع السابق ص ١٣٦ .

المطلب السادس
الغلط فى القيمة[٢١٦]

— عرض المبدأ : —

نظرا لأن التفاوت فى قيم اداءات العقد من آثار الظرف الطارىء فقد أغرى ذلك بعض من الفقهاء على القول بأن مثل ذلك المتعاقد يكون فى حالة من حالات الغلط فى القيمة واعتبر ذلك قوام النظرية محل الدراسة ٠

وبداية يقرر أنصار هذا المبدأ أن الالتزام التعاقدى يقوم على ركنين أحدهما مادى يتمثل فى التعبير الصادر من المتعاقد والثانى معنوى وقوامة الادراك والاختيار اللذان يبرران مسئولية المخاطب بالايجاب ٠

ومن هذا المنطلق يقيم انصار هذا المبدأ فكرتهم على النحو التالى : —

(١) يحول الغلط فى التعاقد دون توافر عنصر الادراك لأن الارادة التى تتجه الى تنفيذ الالتزام فى المستقبل وكذلك الارادة التى تتجه الى تحمل الالتزام يرتبطان ارتباط السبب بالمسبب مع الصورة التى تمثلها المتعاقدان عن مدى التعادل بين الأداء ومقابله الا أن المدين لم يدرك وقت التعاقد أن حادثا طارئا سيقع عند تنفيذ العقد وبالتالى يكون قد أقام ارادته والتزامه الذى تحمله على تصور غير حقيقى مما يجعله واقعا تحت تأثير غلط فى القيمة ٠

---

٢١٦ — أشير لهذا الأساس د٠ عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٦٢ ، د٠ عبد الرحمن عياد٠ المرجع السابق ص١٤٩ ومابعدها حيث تبنى هذا الأساس

ومن الفقه الفرنسى :

-lucien campion, la théorie de l'imprevision op. cit P.104.

(٢) لا أهمية لوقوع الحادث الطارئ بعد ابرام العقد لأنه لا ينفي أن المتعاقد كان يجهله وقت التعاقد خاصة وأن شرط عدم توقع الحادث الطارئ ينظر اليه وقت التعاقد ٠

ونتيجة لذلك لا فرق بين الحالة التي يتعهد فيها شخص بتوريد بضاعة كان سعرها قد ارتفع قبل ابرام العقد مع جهله لذلك وبين ارتفاع السعر بسبب حادث وقع في اليوم التالي للتعاقد اذ في الحالتين توهم غير الواقع وقت التعاقد ٠

(٣) يجب تعديل مضمون العقد على نحو ماكان سيفعله المتعاقدان لو أن الحادث قد وقع عند ابرام العقد على أساس الغلط في القيمة٠

تقييم هذا المبدأ: ـ

يحتاج منا تقييم هذا المبدأ أن نعرض في عجالة بسيطة لنظرية الغلط سواء في القانون الفرنسي أو المصري ثم نعقب ذلك بتقييم حجج أنصار هذا المبدأ ٠

أولا : موجز عن نظرية الغلط : ـ

يعرف الغلط كعيب من عيوب الارادة بأنه وهم أى اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه الى ابرام العقد ٠ (٢١٧)

---

٢١٧ ـ د٠ عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٢٤٤ ، د٠ عبد الناصر العطار، المرجع السابق ص١٤٢ ومابعدها؟ د٠ جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ص١١٠ ومابعدها، د٠ السنهورى ـ المرجع السابق العقد ص٣٨٢ ومابعدها ٠

بعد تعريف الغلط نعرض بلمحة سريعة له سواء فى القانون الفرنسى — حيث أسس بعض من فقهائه نظرية الظروف الطارئة على الغلط فى القيمة ٠ أو فى القانون المصرى.

— الغلط فى القانون الفرنسى ٠ (٢١٨)

يعرف القانون الفرنسى ثلاثة أنواع من الغلط وهى : —

(١) الغلط المانــع : —

وهو الذى يحول دون التعاقد أى يؤدى الى فقدان العقد لركن من أركانه وبذلك يبطله مطلقا ٠

حالات الغلط المانع : —

أ — اذا وقع فى ماهية العقد٠ كمن يتسلم سيارة من شخص على أنها هبة فى حين يقصد صاحبها ايداعها لديه٠

ب — الغلط فى ذاتية محل الالتزام٠ كمن يبيع أرضه الموجودة فى بلد معين الى مشترى يتوهم أنها الأرض الموجودة فى بلد آخر٠

جـ — الغلط فى وجود سبب الالتزام وهو مايسمى بالسبب المغلوط كأن يتقاسم الموصى له العين الشائعة مع الوارث ثم يتبين أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصى ٠

(٢) غلط غير مؤثــــر : —

ويكون كذلك فى الحالات الآتية : —

أ — اذا وقع فى صفة غير جوهرية للشىء ٠

---

٢١٨ — د٠ عبد المنعم البدراوى — النظرية العامة للالتزامات — مصــادر الالتزام ص ٢٤٦ ومابعدها ٠

ب ـ اذا وقع فى صفة غير جوهرية للشخص أو فى ذاتية الشخص حيث لا تكون شخصيته محل اعتبار فى العقد .

جـ ـ الغلط فى القيمة لأنه ينطوى على غبن والغبن بذاته ليس من أسباب البطلان لأن القانون الفرنسى لا يبيح الطعن فى العقد على أساس الغبن الا فى حالات خاصة وبشروط محددة.

وعلى ذلك فالشخص الذى يبيع الشىء بأقل من ثمن المثل لا يستطيع أن يطعن فى عقد البيع على أساس الغبن الا اذا كانت هذه الحالة تندرج ضمن الحالات التى عددها المشرع الفرنسى .

وعلى العكس من ذلك اذا باع تحفة أثرية وهو يجهل أنها كذلك بثمن بخس فله طلب الابطال على أساس الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء وليس على أساس الغلط فى القيمة ولو أنه تداخل فى فرضنا هذا .

د ـ الغلط فى الباعث كمن يشترى سيارة معتقدا أن سيارته أصيبت وتكسرت فى حادث ويتضح خلاف ذلك .

هـ ـ الغلط فى الحساب لأنه من قبيل الغلط المادى الواجب التصحيح.

ـ من الحالات السابقة لا يؤثر الغلط فى صحة العقد .

(٣) الغلط الذى يعيب الرضا : ـ

وهذا النوع من الغلط يجعل العقد قابلا للابطال ويتمثل ذلك فى حالتين نصت عليهما المادة ١١٠ من المجموعة المدنية الفرنسية وهما : ـ

أ ـ الغلط فى جوهر الشىء : ـ أى فى صفاته الجوهرية التى دفعت الشخص الى التعاقد بحيث لولاها لما أقدم على التعاقد .

كمن يشترى قطعة أرض على أنها متصلة بالطريق العام ويتضح أنها محصورة .

ب ـ الغلط فى الشخص : ـ وهو الغلط فى ذات الشخص أو فى صفة من صفاته الجوهرية .

ـ الغلط فى القانون المصرى : ـ

عالج المشرع المصرى الغلط فى خمس مواد تبدأ من المادة ١٢٠ ـ ١٢٤ من التقنين المدنى الجديد .

ويشترط القانون المصرى للطعن فى العقد بسبب الغلط الآتى : ـ

(١) أن يكون الغلط جوهريا : ـ

بمعنى أن يكون هو الدافع للتعاقد والمعيار هنا ذاتى أى شخصى .

ولقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بأنه : " ينبغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهريا ولا يتحقق ذلك الا اذا دفع من وقع فيه الى التعاقد ومؤدى ذلك أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصى ". (٢١٩)

ولم يحصر المشرع المصرى حالات الغلط بل أطلقها وما ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٢١ كان على سبيل المثال .

ومن امثلة الغلط فى صفة جوهرية للشىء ماقضت به محكمة الاستئناف بأن : " الترخيص الذى أعطته الحكومة فى استغلال أرض

---

٢١٩ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ١٤٣ .

كانت تعتقد أنها لا تحتوى الا على كميات صغيرة جدا من الملح يجوز ابطاله اذا تبين أن هذه الأرض تحتوى على كميات كبيرة ".(٢٢٠)

وكذلك حكم بأن : " اذا كان الموفى ما قبل الوفاء الا لاعتقاده بأن الدين الذى أوفى به حال بحكم نهائى وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة فى الدين فان الموفى يكون قد وقع فى غلط جوهرى بشأن صفة من صفات الدين الموفى به كانت أساسية فى اعتباره اذ لولا هذا الغلط ماكان الوفاء فاذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع الى الوفاء فان من شأن هذا الغلط أن يؤدى الى ابطال هذا الوفاء متى طلب الموفى ذلك ". (٢٢١)

ومثال الغلط فى ذات المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار ما قضت به محكمة النقض بانه "اذا كان المطعون عليه وان لم يدرج اسمه فى نقابة المهن الهندسية وقت تعاقده مع الطاعنه مصرحا له بمزاولة مهنة مهندس معمارى فانه لا يكون ثمة غلط وقعت فيه الطاعنة فى شخصية المطعون عليه أو صفته يجيز لها طلب ابطال العقد "(٢٢٢)

وفضلا عن الحالتين السابقتين يهتم المشرع بالغلط فى القيمة اذا كان هو الدافع للتعاقد كمن يبيع سهما بقيمته الفعليه وكان

---

٢٢٠ ــ استئناف مختلط ١٨٩٢/١/٧ م٤ ص٩٩ ٠

٢٢١ ــ نقض مدنى ١٩٦٥/٥/٢٠ ــ م نقض م ــ ١٦ ــ ٦٠٢ ــ مشار اليه ٠ محمد كمال عبد العزيز ــ المرجع السابق ص٣٢٧ ٠

٢٢٢ ــ نقض مدنى ١٩٥٤/٥/٦ ــ م ق م ــ ١٠ ــ ٨٣٣ ــ مشار اليه المرجع السابق ص ٣٢٦ ٠

يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ٠

كذلك يعتد المشرع بالغلط في الباعث كالموظف الذى يستأجر منزلا فى مدينة معتقدا انه سينتقل اليها ثم تبين العكس بعد ذلك ٠

(٢) اتصال المتعاقد الآخر بالغلط : ـ

وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وابعادا للمفاجأة التى قد يتعرض لها الطرف الآخر فى العقد ٠

فالغلط الفردى وحده لا يكفى بل يجب ان يكون مشتركا بين المتعاقدين فان لم يكن مشتركا فعلى الأقل يكون متصلا بالمتعاقد الآخر ٠

فاذا اشترى شخص صورة معتقدا انها من صنع مصور مشهور ثم تبين عكس ذلك فيجب حتى يمكن ابطال العقد أن يكون البائع قد ساده نفس الاعتقاد الخاطىء ٠ أما اذا كان المشترى وحده هو الذى وقع فى الغلط فلا يجوز طلب الابطال ٠

ولكن نود أن ننبه ان البائع يمكن أن يعلم بوقوع المشترى فى غلط وذلك من خلال الثمن الذى يدفع فى هذه الصورة اذا كان يفوق فى قيمته مايدفع عادة فى الصور العادية التى ليست من صنع فنانين مشهورين ففى هذه الحالة كان حسن النية يقتضى أن ينبه المشترى لذلك وهذا ما تقتضيه نزاهة التعامل ٠

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بقولها : " لا يجوز للقضاء أن يبطل عقدا لمجرد أن أحد المتعاقدين قد

وقع فى غلط مادام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل هذا الغلط ولم يكن واجبا عليه أن يتحقق من وجوده ". (٢٢٣)

ثانيا : الرد على حجج أنصار مبدأ الغلط فى القيمة : ـ

حاول أنصار هذا المبدأ جعله أساسا لنظرية الظروف الطارئة بحسبان أن ما يترتب على تلك الظروف من انخفاض أو ارتفاع فى قيمة الأداء بصورة فاحشة انما هى واقعة تصورها المتعاقدان على غير حقيقتها .

وساقوا لذلك الحجج والتبريرات التى تؤيد وجهة نظرهم والتى لم تلق لدينا القبول الكامل كما سيتضح من الرد على ما أبدوه من حجج وتبريرات على النحو التالى : ـ

(١) الغلط كعيب فى الارادة يجب النظر اليه عند ابرام العقد فحسب لأن هذه اللحظة هى التى تتكون فيها الارادة فأراد لها المشرع أن تكون خالية من العيوب تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة التى لها المقام الأول فى توليد الروابط القانونية وفى ترتيب آثارها وبالتالى يجب أن تكون على هدى من أمرها مختارة لما تود أن ترتبط به وبالتالى فالارادة المعيبة هى ارادة موجودة ولكنها صادرة من شخص على غير بينة من أمره وبالتالى ليس لها سلطان كامل تستطيع به أن تقدم أو تحجم عن التعاقد . (٢٢٤)

فاذا كانت الارادة حرة وقت التعاقد فانها تكون قد نسجت العناصر التى ترتضى أن تلتزم بها وتستعد لتنفيذها .

٢٢٣ ـ استئناف مختلط ١٩٤٣/٦/١ ـ م ٥٥ ص ١٧١ ، نقض مدنى ١٩٧٣/٦/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ق رقم ١٦٥ ص ٩٥٣ .

٢٢٤ ـ د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٣٨١ .

فاذا ماتم ابرام العقد بارادة صحيحة ارتفعت ايدى المتعاقدين عنه وتطوى صفحته على ماتم الاتفاق عليه ولا يستطيع أى منهما الانفراد باجراء تعديل فيه . اللهم الا اذا حدث ظرف طارئ فهنا نجد التعارض الصارخ فى المصالح ولذا كان منطقيا أن يشترط المشرع عدم اجراء تعديل فى التزامات العقد الا باتفاق الطرفين وأنى لنا بهذا الاتفاق الجديد وهو يضيف مزيدا من المغارم للدائن فكان لابد اذا أن يكون الأمر بيد القاضى الذى لا يستطيع أن يحل ارادته لتقوم مقام ارادتى المتعاقدين ليتصور ماكان يجب عمله لو أنهما تعاقدا فى ظل هذه الظروف ولذلك قلنا أنه يقوم بمراجعة العقد لاعلى أساس الغلط فى القيمة وانما على أساس آخر .

(٢) لم يأخذ المشرع الفرنسى بمسألة الغلط فى القيمة الا ان الفقه اراد أن يجعله أساسا لنظرية الظروف الطارئة كمحاولة لاضافة نوع جديد من الغلط للنظرية العامة على أن يكون مجال تطبيقه هو فى مرحلة تنفيذ العقد عند طروء الحوادث الاستثنائية .

وهذا الاتجاه له علته فنحن قد رأينا موقف المشرع الفرنسى الرافض الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة مما حدا بالفقه ان يتلمس من المبادئ العامة منفذا يثنى هذا المشرع عن موقفه بعد ادخال نوع من التحوير عليه يلائم احكام الطوارئ .

(٣) يخضع تقدير الغلط لمعيار شخصى يتعلق بذات المتعاقد الواقع فى الغلط وهذا أمر مستساغ لأن الأشخاص يختلفون فى مدى ادراكهم للوقائع .

أما الظرف الطارئ فيقدر مدى توقعه والقدرة على دفعه بمعيار

موضوعى بحسبانه حادثا عاما ليس فى الوسع توقعه ولا يمكن دفعه فهو غير منسوب لارادة كلا المتعاقدين ويستغرق أثره حجما كبيرا من مظاهر التعامل ٠

يضاف لذلك الأثر المترتب على وقوع المتعاقد فى غلط وهو قابلية العقد للابطال لمصلحة الواقع فيه وله أن يجيزه ويتنازل عن دعواه يضاف لذلك أن المتعاقد الآخر لو عرض على الواقع فى الغلط اتمام العقد على الوضع الذى توهمه لما استطاع الأخير أن يتمسك بالابطال والا كان ذلك متعارضا مع مايوجبه حسن النية فى التعامل ٠ فأين أحكام الظروف الطارئة من ذلك؟ ٠

نرى أنه ليس بينها وبين أحكام الغلط من العلاقة شروى نقير فلا يترتب على الظرف الطارىء قابلية العقد للابطال ولا حتى الفسخ كما سنرى اذ لا تتسع نصوص القانون المصرى لمثل هذا الحل ٠

كذلك اذا وصل الأمر بين الطرفين الى ساحة القضاء فلا يكون لارادتيهما أى دور فى اسداء الحل بل تكون ناصية الأمور بيد القاضى ٠

(٤) عنصر الادراك الذى يحول الغلط دون توافره هو أمر صحيح حيث ان عدم الادراك لمعطيات التعاقد على نحو صحيح يكون بمثابة غمامة تحول دون الرؤية الحقيقية بما يعنى أن ارادة الشخص كانت قاصرة عن ملاحظة عناصر الاتفاق وفقا لقيمتها الحقيقية مما يبرر اجابة الواقع فى الغلط الى طلبه اذا أراد ابطال العقد ٠

الا أننا لانسلم بانسحاب هذا المعنى ليغطى مرحلة تنفيذ العقد اذ لا قبل لأحد للتنبوء بالمستقبل حتى المشرع نفسه الذى يضع

القواعد القانونية التى تحكم العلاقات الاجتماعية فى المستقبل انما يفعل ذلك استصحابا لعنصر التنبؤ وهذا أمر متفق عليه ونرى أثره فيما يصدره المشرع من تشريعات لاحقة تلغى ماسبق أن أقره لعدم ملاءمته لواقع المعطيات الاجتماعية وهكذا نرى أن مسألة الادراك بالنسبة للمستقبل أمر يصعب التسليم به ·

(٥) ما ساقه أنصار هذا المبدأ من أنه لا فرق بين الحالة التى يتعهد فيها شخص بتوريد بضاعة كان سعرها قد ارتفع قبل ابرام العقد مع جهله لذلك وبين ارتفاع السعر بسبب حادث وقع فى اليوم التالى للتعاقد اذ فى الحالتين توهم غير الواقع وقتا لتعاقد ·

وهذا القول هو محاولة لتطويع أحكام الغلط بلا مبرر لتلائم مجال الظروف الطارئة فكيف نعتبر أن وقوع الظرف الطارئ لاحقا على العقد يعد أمرا غير ذى بال مع أن هذه المسألة هى الخيط الرفيع الذى يفرق بين أحكام كثيرة لكل حكم طائفة من النتائج تختلف باختلاف المرحلة التى تعالجها ·

صحيح أن المتعاقد كان لايتوقع هذا الحادث وقت ابرام العقد ولذا قرر له المشرع أحكاما تعالج آثاره ولكن على أساس مغاير تماما لمسألة الغلط فى فى القيمة · بدليل أن هناك من الحوادث الطارئة مايعد متوقعا وبالتالى يجب على المتعاقد أن يعد العدة لذلك وهو بصدد ابرام العقد بأن يبذل من العناية ما يبذله المتعاقد الحريص المتبصر طبقا للمعطيات المتاحة له والشواهد المنظورة اليه حتى يتفادى آثاره · وذلك مثل فيضان النيل الا ما كان منه شاذا فقد يقع وقد لايقع نتيجة عدم هطول أمطار على هضبة الحبشة وكذلك

انتشار دودة القطن فهو أمر متوقع لأنها من الآفات التى تصيب محصول القطن ولذلك قضت محكمة استئناف الاسكندرية بأن " اصابة القطن بدود اللوز أمر متوقع وان كان شاذا ". (٢٢٥)

فكل هذه الحوادث متوقعة ولا ثقل لها فى تطبيق أحكام الطوارئ ولنا أن نتساءل اذا ما وقع للمتعاقد وهو بصدد تنفيذ العقد حادث من ذلك هل يعاد النظر فى التزاماته طبقا لأحكام الظروف الطارئة ؟ الاجابة بالنفي باعتبارها حوادث متوقعة .

ولا يمكن كذلك تطبيق احكام نظرية الغلط عليها لأن قوامها من منظور الظرف الطارئ وكما حددها انصارها هو أن الحادث الذى وقع لحظة تنفيذ العقد كان المتعاقد يجهله أولا يتوقعه أثناء ابرام العقد وقد رأينا أن تلك الحوادث يجب على المتعاقد أن يتوقعها ويرتب وضعه التعاقدى على وفق ذلك .

أما قول انصار المبدأ أنه لا فرق بين حالة ارتفاع السعر قبل التعاقد وبعده لأن المتعاقد جهل الأولى وتوهم غير الواقع فى الثانية فهو قول مردود اذ هناك فرق بلا شك .

ففى حالة ابرام العقد على سعر معين للسلعة كان قد ارتفع والمتعاقد يجهل ذلك فانه يكون قد وقع فى غلط فى القيمة لانه توهم غير الواقع أى الحادث فعلا وهو ارتفاع السعر ويشفع له جهله

---

٢٢٥ ـ محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢٤/١١/١٩٥٤ ـ المجموعة الرسمية ٥٤٠ ـ رقم ١٧٤ ص ٢٩٠ .

فى ذلك طالما كان حريصا على استجلاء خبايا الأمور واستفرغ وسعه فى سبيل ذلك خاصة وان توهم غير الواقع يقاس بمعيار ذاتى قوامه شخص المتعاقد نفسه وفى هذا القدر يكون تبرير انصار هذا المبدأ صحيح .

الا أننا لا نسلم لهم أن حدوث الظرف (ارتفاع السعر) بعد ابرام العقد يحمل على انه توهم غير الواقع . سواء من الناحية القانونية أو اللغوية .

فمن الناحية القانونية يوجد فارق كبير بين الحالتين ففى الأولى يكون مستساغا التحدث عن الغلط لأننا فى مرحلة تكوين الارادة كما سبق لنا توضيح ذلك . أما الثانية وهى مرحلة تنفيذ العقد فلا تكوين للارادة فيها اذا نشأت صحيحة .

أما من الناحية اللغوية فأنصار المبدأ يقررون أنه فى الحالتين توهم المتعاقد غير الواقع فأى واقع فى الحالة الثانية ؟

ان الواقع لغة بمعنى الحادث أى القائم ولذا فمن القواعد الشائعة أن " الواقع لا يرتفع " لأنه قائم فعلا وله وجود مادى فلا يزول الا بمبرر لذلك .

فاذا كان الواقع وقت العقد أن السعر لم يرتفع ثم ارتفع اثناء تنفيذ العقد فيكون لاحقا لا واقعا .

واخيرا نقرر أنه لو كان أساس نظرية الظروف الطارئة هو مبدأ الغلط فى القيمة لكان فى ذلك غناء للمشرع عن أن يستفرغ وسعه ليقر أحكام هذه النظرية خاصة وأنها لم تسلم من المعارضة الفقهية من معظم فقهاء الدول

وما كان أحرى بالمشرع الا أن يحيل فى أحكامها الى نظرية الغلط أو يوسع من نطاق الأخيرة ويمد د أحكامها الى مرحلة تنفيذ العقد .

أما وانه لم يفعل ذلك فلأن نظرية الظروف الطارئة نسيج متفرد فى ذاته عما فى أحكام مبدأ الغلط.

المطلب السابع
بقاء التعادل الموضوعى (٢٢٦)

– عرض المبدأ : –

يرى البعض من الفقه أن أساس النظرية هو الابقاء على التعادل الموضوعى بين الأداءات التعاقدين بالصورة التى استرت عليها ارادة المتعاقدين ويتبلور مضمون هذا الرأى فى أنه يجب التفرقه بين صورة التعادل التى تنشأ عند ابرام العقد وتحكمها النظرية الشخصية وتلك التى تتدرج مع العقد بعد تمام ابرامه وتحكمها النظرية الاقتصادية ·

ويسوق صاحب الرأى مثالا يؤكد به صحة ماذهب اليه فيفترض أن شخصا قد تعاقد على توريد عدد مائة اردب من العدس نظير خمسمائة جنيه ثم يرتفع السعر نتيجة حادث طارئ الى عشرة جنيهات للأردب وبذلك تختل التناسبية بين الأداءات بنسبة (١ – ١٠) بعد أن كانت (١ – ٥) ·

ولاعادة التناسب سيرته الأولى فأمام القاضى احدى وسائل ثلاث : –

فاما أن يطلب الى الدائن تكملة السعر القديم ليتساوى مع السعر الجديد أو ينقص الكمية الى النصف أو يفسخ العقد خاصة اذا كان سعر الأردب قد ارتفع الى مائة جنيه بدلا من عشرة اذ سيؤثر الدائن استرداد نقوده واعفاء المدين من الالتزام ·

ويعرج صاحب الرأى على مثال ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى ويحلله على ضوء مايراه مناسبا وموجز هذا المثال أن تاجرا تعهد بتوريد

٢٢٦ – صاحب هذا الأساس د· حسبو الغزارى – أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن – رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٩ ص ٥٢٨ ومابعدها ·

الف اردب من الشعير بسعر ستون قرشا للأردب ثم ارتفع السعر لأربعة جنيهات نتيجة حادث طارئ ٠

ويعترض صاحب الرأى على الحل الذى أورده أ٠ د السنهورى والذى يقترح فيه أن يلتزم الدائن بدفع مبلغ مائتين وعشرين قرشا بدلا من أربعة جنيهات٠ ووجه الاعتراض أن مقتضى النظرية الاقتصادية أن يكمل الدائن الثمن لأربعة جنيهات فيكون قد أعطى بنفس قيمة ما يأخذ ٠

تقييم هذا المبدأ :

اذا ما فرغنا من عرض المبدأ فاننا لا نتفق مع ما انتهى اليه جملة وتفصيلا للآتى : —

(١) عندما تعرض الفقهاء لتعريف عقود المعاوضة لم تثر لديهم أية مشكلة اذ يجمعون على أن هذه العقود هى التى يكون كل من طرفيها دائنا ومدينا فى نفس الوقت تأسيا بمبدأ " الغرم بالغنم " مع ضرورة وجود نوع من التعادل " equivalence " بين الغرم والغنم أى بين الأداء ومقابل الأداء[٢٢٧] (contreprestation) الا أن الرأى قد تفرق فى شأن تكييف هذا التعادل وبين ماهيته ويمكن القول أن هناك نظريتين كبيرتين فى هذا الصدد هما النظرية الاقتصادية والنظرية الشخصية ٠

ومضمون النظرية الاقتصادية هو المساواة فى قيمة الأداءات فمن يعطى شيئا قيمته مائه يجب أن يأخذ فى مقابله مائة ٠

---

٢٢٧ — د٠ عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٣٣٩ ٠

الا أنه يؤخذ على هذه النظرية صعوبة الأخذ بها عملا فضــلا عن تهديدها لاستقرار المعاملات اذ تفضى للتنازع دائما وتشجــع على عدم تنفيذ الالتزامات بدعوى عدم تساوى القيمة نظرا للارتفاعات غير المحسوبة فى الأسعار بصفة دائمة ٠

أما النظرية الشخصية فمحك الأمر فيها هو وجوب ان يحتــوى العقد على اداءين يرى المتعاقدان أن كلا منهما مقابلا للآخر دون اعتداد بالقيمة الاقتصادية أو الموضوعية ٠

فيكفى أن يقتنع كل متعاقد بأن ما يأخذه هو مقابل مايعطيه(٢٢٨) وقد سادت هذه النظرية فى كل من فرنسا وايطاليا وألمانيا وكذلــك أخذ بها المشرع المصرى اذ نص فى المادة (١٢٩) من القانــون المدنى على أنه : " اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مــع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحــا جاز للقاضى بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقــد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " ٠

ويتضح من نص المادة السابقة أن مطلق التعادل بــين أداءات المتعاقدين ليس هدفا للشارع وانما اذا وصل عدم التعادل درجــة معينة وبشرط أن يكون ذلك فى فترة تكوين العقد ٠

---

٢٢٨ ــ د٠ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٠ ٣٤ ٠

أما فى فترة تنفيذ العقد فلا يتصور التحدث عن مسألة عدم التعادل لأن التفاوت فى غالب الأحوال يكون سمة الأداءات نظرا لتأثرها بالأحوال السائدة الغير مستقرة والتى يترتب عليها نوع من الاهتزاز الاقتصادى فى أداء أحد المتعاقدين فلا يلتفت اليه لأنه من سنة التعامل ولأن مسألة الربح والخسارة من الأمور المألوفة الا اذا بلغت حدا معينا ٠

يؤكد ذلك أن المشرع الفرنسى اهتم بعدم التعادل عند حد معين وتحدث عنه فى مرحلة ابرام العقد فى الحالات التى طبق عليها نظرية الغبن (٢٢٩) ومع ذلك لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة حتى الآن على نحو ما أسلفنا عند تناول التطور التاريخى للنظرية ولو كان قوام هذه النظرية هو الابقاء على التعادل الموضوعى لسارع المشرع الفرنسى الى الأخذ بها حتى لا يتهم بالتناقض فى موقفه بل اكثر من ذلك لم يستجب هذا المشرع لما أبداه الفقه من محاولة تطويع فكرة الغبن الى ما يسمى بالغبن اللاحق ٠

يضاف لكل ذلك أن مبدأ التعادل فى ظل القانون الكنسى كانت الوسيلة الى تحقيقه هى تحريم الربا والغبن ٠ (٢٣٠)

وتأكيدا لما أبديناه من أن المشرع لم يهتم بالنظرية الاقتصادية لمساوئها بل فضل عنها ـ استقرارا للمعاملات ـ النظرية الشخصية

---

٢٢٩ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٥٦ ٠

٢٣٠ ـ د٠ صوفى ابوطالب ـ المرجع السابق ص٢٥٠ ، د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص٢١٩ ٠

فقد أبرزت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ بقولها بأنه :
" لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع الثمن متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافها فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع " . (٢٣١)

(٢) الأخذ بالنظرية الاقتصادية ــ وهى تعنى التساوى فى الأداءات ــ يؤدى الى انهيار نظرية العقد من اساسها لأن مسألة التساوى فى الأداءات ستؤدى حتما الى مراجعة التزامات العقد كل يوم وكثرة الأقضية التى تثور حول هذا الهدف مما يجعل العقد وسيلة لتهديد المعاملات بدلا من استقرارها .

ولنعط مثالا لذلك المدين الذى تهتز اقتصادياته نتيجة ظرف خاص به كحريق مخازنه مثلا التى كان يحتفظ فى داخلها بالبضائع محل الالتزام العقدى مما يضطره الى شرائها من السوق فيكبده ذلك من أمره عسرا فلو حكّمنا منطق النظريه الاقتصاديه لكان معنى ذلك اعادة النظر فى قيم الأداءات العقدية وهكذا مما يقض مبدأ لزوم العقد من جذوره وبدلا من اقرار نظرية الظروف الطارئة كاستثناء محدود على هذا المبدأ أصبحت القاعدة هى الخروج على ما اتفق عليه المتعاقدان لاعادة مسألة التعادل الاقتصادى بين الأداءات الى نصابها وصار مبدأ لزوم العقد هو الاستثناء وهذا قلب للأوضاع رأسا على عقب يأباه حتى اكثر التشريعات تهاونا فى خرق مبدأ لزوم العقد .

---

٢٣١ ــ نقض مدنى ١٩٥١/٢/٨ ــ المحاماة ــ ٣١ ــ ١٦٨١ ــ ٤٩٠ ــ مشار اليه د. عبد الحى حجازى المرجع السابق ص ٣٤٠ هامش (١) .

(٣) ان الحل الذى أتى به صاحب المبدأ ورأى أنه لا يتعارض مع مبدأ سلطان الارادة بل يحقق التوازن النسبى الذى رسمته الارادة العقدية لهو حل غير منطقى ويتعارض فعلا مع مبدأ سلطان الارادة اذ يقوم هذا المبدأ على أن مارسمته الارادة حال تكوين العقد يجب أن يلتزم به مهما ترتب من اختلال بين الأداءات الا مابلغ حدا يجعل التمسك بهذا المبدأ جالبا لضرر بالغ يفوق حجم المنافع مما يوجب ضرورة اعادة النظر فى قيم الأداءات وهذا ما تفعله أحكام نظرية الظروف الطارئة والتى لا تسعى من خلال اعمالها الى تحقيق التساوى بين الأداءات وانما محاولة رفع جانب من الارهاق عن كاهل الطرف الذى أضير.

ولنا اعتراض كذلك على مفردات الحل التى اوردها صاحب المبدأ اذ يقرر أن القاضى له مكنات ثلاث فى سبيل هذا الحل فاما أن يرفع قيمة اداء الدائن الى ما يتساوى مع السعر الجديد أو ينقص الكمية التى يلتزم المدين بتوريدها الى النصف ولا نرى جديدا فيما قال الا أنها حالة واحدة يتكبد فيها الدائن ثمن السلعة كاملا مع أنه لا ذنب له فيما حدث.

والمكنة الثالثة هى أن يقضى بالفسخ وسنرى أن الجزاء الأخير لا يتسع له نص م١٤٧/٢ مدنى مصرى.

وهنا يثور التساؤل حول ارادة الطرفين خاصة الدائن هل أرادت هذا الحل حقا ؟ أشك فى ذلك صحيح أن تدخل القاضى لمعالجة أثر الظرف الطارئ هو لصيانة العقد ولكن على أسس موضوعية لا وفقا لما رسمته ارادة الطرفين بدليل أنه لا يجوز لتلك الارادة أن تتفق

مسبقا عند تكوين العقد على سلب اختصاص القاضي بهذه المعالجة .

ولنا فيما ساقه أستاذنا الجليل أ. د. السنهوري لأسوة حسنة لما يجب أن تكون عليه معالجة أثر الظرف الطارئ .

وحاصل ذلك أنه قد ضرب مثالا في لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ مفاده أنه " تعهد تاجر بأن يورد ألف اردب من الشعير بسعر ستين قرشا للاردب فيرتفع السعر الى اربعة جنيهات فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد ". (٢٣٢)

وبتحليل مفردات هذا المثال يتبين لنا أن المدين سيتحمل فارقا في السعر قدره (٣٤٠) قرشا وهذه خسارة غير مألوفة .

ويعالج استاذنا الجليل هذا الأمر فيستبعد الخسارة المألوفة من نطاق المعالجة ويحملها للمدين ومقدارها عشرون قرشا فيتبقى (٣٢٠) قرشا تمثل الزيادة غير المألوفة والتى توزع مناصفة بين الطرفين بواقع (١٦٠) قرشا لكل منهم فكأن الدائن يدفع مبلغ (٢٢٠) قرشا مقابل الاردب من الشعير (٢٣٣) الا أن هذا الحل لم يرق لصاحب مبدأ التعادل الموضوعي لأنه كأن يود لو أن الدائن قد تحمل ارتفاع الأسعار وحده أى يدفع اربعة جنيهات للاردب .

وهذا مالم يقل به أحد لا فقهاء القانون الوضعي ولا فقهاء الشريعة الغراء والتى تنشد العدالة الحقة أكثر مما تنشدها القوانين الوضعية عن طريق الحث على عدم أكل أموال الناس بالباطل الا أن

---

٢٣٢ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ٢ ص٢٨٥ .

٢٣٣ ــ د. السنهوري ــ المرجع السابق ص٨٨٠ .

فقهاءها مع ذلك عند وضع الجوائح اذا أصيب بها الثمر لا يسمح بعضهم بمعالجة الأمر الا اذا بلغ التلف مقدار ثلث المبيع مثلا وما دون ذلك يتحمله المشترى الذى يتحمل فوق ذلك ما تذره الرياح وما يلتقطه الطير وهكذا نجد أن مبدأ التساوى فى الأداءات سيجعل نظرية المعاملات ساكنة لا تتحرك مما يلقى ظلالا قاتمة على مصالح البشر التى تصاب بالكساد نتيجة ذلك.

وغالب ظنى أن صاحب المبدأ قد تبنى وجهة نظر من قالوا بأن اساس النظرية هو الغلط فى القيمة والذين يرون ضرورة معالجة أثر الظرف الطارئ وكأن العقد يبرم من جديد يوم اجراء تلك المعالجة وقد سبق لنا دحض تلك الحجة.

المطلب الثامن
التشريع (٢٣٤)

نظرا لكثرة الخلاف حول ايجاد أساس لنظرية الظروف الطارئة اراد البعض أن يكف نفسه تلك المؤنة ويتبنى أسهل الحلول وذلك برد هذا الأساس الى التشريع بمعنى أنه اذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة .

وقد رأينا عند تناولنا للتطور التاريخى للنظرية أن كلا من المشرع الفرنسى وكذلك المصرى قد أصدرا عدة تشريعات لمواجهة الأزمة الاقتصادية الناجمة عن الحربين العالميتين الأولى والثانية فى كافة مظاهرها فكانت تصدر التشريعات بتأجيل الديون وكذلك ما يخص عقود الايجار وفرض تسعيرة جبرية للسلع والمواد الغذائية ولعل أهمها القانون الشهير فى فرنسا والمسمى بقانون " فايو " الصادر فى ٢١/١/١٩١٨ م أى فى أعقاب الحرب العالمية الأولى .

والتشريع يعرف بأنه وضع القواعد القانونية فى صورة مكتوبة بواسطة سلطة عامة مختصة (٢٣٥) بذلك كتشريع العمل والتشريع المدنى وتشريعات الضرائب ..... الخ .

واذا قلنا أن التشريع هو أساس نظرية الظروف الطارئة فاننا نسلم بذلك تبعا للمفهوم السابق ولكن باعتباره أساس مشروعية فحسب أى أن أحكام النظرية لا يسوغ للقضاء تبنيها وانزالها على واقعات الدعاوى المعروضة

---

٢٣٤ ــ مشار لهذا الأساس: د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٥٨ .
٢٣٥ ــ د. منصور مصطفى منصور ــ المرجع السابق ص٧٨ .

أمامه الا اذا سمح المشرع بذلك عن طريق تضمينها نصوص التشريع .

ومن هذا المنطلق كان طبيعيا أن تعترض محكمة النقض ـ وهى التى تراقب صحة تطبيق القانون ـ على كل محاولة من القضاء الى ابتداع مبادىء قانونية وتطبيقها على الدعاوى المنظورة رغم أن المشرع لم يسمح بذلك .

مثال ذلك الحكم الذى صدر من محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٣١/٤/٩ والذى طبق أحكام النظرية باجتهاد شخصى بحت اذ لم يكن المشرع قد أخذ بهذه النظرية فى التقنين المدنى الملغى فما كان من محكمة النقض الا أن ألغت هذا الحكم فى ١٩٣٢/١/١٤ وكان مما رددته فى سبيل هذا الالغاء أنه " ليس للقضاء أن يسبق الشارع الى ابتداعها "(٢٣٦) رغم ان محكمة الاستئناف كانت قد ارتكنت الى مبادىء العدالة وروح الانصاف كأساس يبرر تطبيق احكام النظرية الا أن ذلك لم يشفع لها فيما ذهبت اليه لافتقادها للأساس الشرعى وهو اعتراف المشرع بالنظرية وتضمين أحكامها نصوص تشريعية .

فاا قلنا أن المشرع قد أجاز للقاضى تعديل الالتزام التعاقدى حال حدوث ظروف طارئة فلا بد أن هناك حكمة او سندا ارتكن اليه المشرع فما هى تلك الحكمة ؟ لا نسلم بأنها التشريع اذ هو الوسيلة للكشف عن اتجاه ارادة المشرع بعد أن تبلورت لديه الفكرة النابعة من أساس معين يكون سابقا على القاعدة التشريعية .

فالتشريع وفقا للمفهوم السابق هو الأساس العام لكل ما يتضمنه من أفكار قانونية ولكن لكل فكرة الأساس الخاص بها الذى يستمد من الهدف الذى من أجله تبناها المشرع لتسد نقصا فى جانب معين من جوانب المعاملات .

---

٢٣٦ ـ مجلة المحاماة السنة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ ومابعدها .

المطلب التاسع
" وجوب تنفيذ العقد بحسن نية "

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٨) من التقنين المدنى المصرى على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية. (٢٣٧)

كذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤) من المجموعة المدنية الفرنسية على وجوب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية فضلا عن تواتر مختلف التشريعات على اقرار هذا المبدأ حيث يشكل مبدأ انسانيا لايقف تطبيقة عند حد الالتزامات القانونية فقط وانما يتعداها ليغطى كافة أنشطة الانسان حال تعامله مع الآخرين وانما هو فى مجال العقد التزام تعاقدى ومن ثم يكون الاخلال به مصدرا للمسئولية العقدية. (٢٣٨)

ويثور التساؤل : لماذا يصر المشرع على أن يضمن نصوص تقنينه فقرة توجب تنفيذ العقد بحسن نية مع أن ذلك من الأمور المفترضة ؟.

للاجابة على ذلك نوضح أنه كانت توجد فى القانون الرومانى نوعية من العقود وهى عقود حرفية التنفيذ "contrats de droit strict" و عقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) فجاء القانون الحديث وألغى تلك التفرقة بنصوص صريحة تجعل قوام العقود جميعا هو حسن النية ولكن هل يعتبر الدائن الذى يطلب التنفيذ من مدينة المرهق سىء النية بطلبه هذا ؟.

---

٢٣٧ ـ أشير لهذا الأساس: د. السنهورى المرجع السابق ص٨٥٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٣٣٢ .

٢٣٨ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٣٩٧ .

لاشك أن النفى أنسب اجابة لمثل هذا التساؤل لأن اشتراط المشرع حسن النية هو بمثابة وضع معيار يحتكم اليه تنفيذ العقد وعلى ضوء هذا التنفيذ نقرر ان كان المتعاقد حسن النية من عدمة .

فأمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة الى صاحبها . (٢٣٩) وكذلك اذا اتفق راكب مع سيارة أجرة ذات عداد على نقله الى جهة معينة فلا يصح أن يختار أطول طريق حتى يزيد على الراكب الأجرة .

وواضح مما تقدم أن المنوط به التنفيذ يتدخل بفعله الايجابى فى سبيل انفاذ هذه المهمة بوسيلة من بين الوسائل المتاحة أمامه وهو فى سبيل اختيار تلك الوسيلة يلزم توافر حسن النية لدية .

أما اذا لم يكن أمام المدين سوى وسيلة واحدة لأداء الالتزام فلا يمكن القول بسوء النية لأن وسيلة الأداء معروفة سلفا للدائن وكذلك يمكن التعرف عليها من مجرد استقراء بنود العقد .

مثال ذلك : أن يتفق الراكب مع سائق السيارة على توصيله لبلدة ما وليس لها سوى طريق واحد فكيف يكون السائق سيء النية مهما طال الطريق وساء حاله ويمكن القول كذلك أن جانب الدائن يجب أن يتحلى بحسن النية فعليه عدم التمسك فى سبيل طلب تنفيذ العقد بطريق يكون أكثر مشقة على المدين اذا كان يمكن تنفيذه بطريق ايسر وهنا أيضا تحكمنا مسألة الاختيار بين بدائل متعددة يختار منها المتعاقد مايراه مناسبا له ويكون تقدير حسن نيته بمقارنة هذه البدائل ببعضها ثم يتضح أن منها مالم يختره

---

٢٣٩ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق نفس الموضع .

الدائن رغم أن فيه ما يحقق مصلحته ويكون أقل كلفة ومشقة للمدين مما يقطع بسوء نيته ٠

ولكن وبتطبيق ماسبق على مطالبة الدائن لمدينه المرهق لانرى هناك صلة بين تلك المطالبة وحسن النية اذ أن الدائن يطالب المدين بمبدأ التنفيذ ولم يحدد وسيلة معينة ولايمكن نسبة سوء نية اليه لأن تقدير مدى قابلية العقد للتنفيذ بحالته التى اتفق عليها الطرفان وفى ظل الظرف الطارئ انما يعود للقاضى نفسه ولا مجال فيه لاختيار أحد منهما فالقاضى هو الذى يضع أسلوب التنفيذ ويد الدائن مغلولة فكيف نصفه بسوء النية وموقفه سلبى محض٠ فضلا عن هذا وذاك فان سوء النية فى تنفيذ العقد يعد من قبيل الغش وهو يقابل التدليس فى تكوين العقد فكما يجب أن يكون العقد بريئا من التدليس فى تكوينه فكذلك يجب ألا يداخله سوء نية فى تنفيذه (٢٤٠) .

ولقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ما يؤكد هذا النظر فقد ورد بها "٠٠٠ وبهذا يجمع المشروع بين معيارين أحدهما ذاتى قوامه نية العاقد والآخر مادى يقيد بعرف التعامل فليس ثمة عقود تحكم فيها المبانى دون المعانى فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها ٠ (٢٤١)

وبعدما تقدم فلا يمكن نسبة غش ما للدائن حال مطالبته مدينه المرهق لأن الغش من العوامل التى تفسد التصرفات ويعرض مرتكبه للمسئولية

---

٢٤٠ ـ د٠ عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٣٢٨ ٠

٢٤١ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج٢ ص٢٧٨ ٠

العقد يه لأن الغاش يقصد من مسلكه جنى اكبر ثمار من وراء غشه بالاضافة الى التسبب فى اكبر قدر من الاضرار للطرف الآخر أى أن الغش يمكن تقريبه من فكرة العدوان العمد فى مجال القانون الجنائى فأى فقه أو تشريع يمكن أن يضع الدائن الذى يطالب مدينه المرهق فى هذا الموضع وهو لم يفعل اكثر من المطالبة بحقه فى العقد بصرف النظر عن الظروف التى احاطت به طالما أن الأمر كله بيد القاضى .

ولا يقدح فى ماقلناه مناداة أنصار النظرية محل الدراسة فى فرنسا بتطبيقها على أساس أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية فاذا حدث أن وقعت ظروف طارئة كان من نتيجتها ان أصبح تنفيذ المدين لالتزامه مقترنا بعبء الارهاق الفادح لم يكن من حسن النية فى شئ أن يطالب الدائن بتنفيذ العقد رغم قيام هذه الظروف الجديدة اذ يعد فى هذه الحالة سئ النية لأنه يعلم أن مطالبته ربما نتجت عنها خسارة كبيرة فى جانب المدين لم تكن لتنتج لو أن التنفيذ جرى فى ظل الظروف العادية.(٢٤٢)

وكذلك فعلت المحكمة العليا فى المانيا فى ظل الأزمة الاقتصادية عقب الحرب العالمية الأولى وظهور أهمية نظرية الظروف الطارئة لمواجهة مثل هذه الأزمات وأمام رفض المشرع المدنى الألمانى الأخذ بهذه النظرية أفلحت هذه المحكمة فى اقامة نظرية قضائية فى الظروف الطارئة تقوم على

---

٢٤٢ – -jean-louis mouralis "imprevision" op cit. n° 13.

-M.planiol et G.ripert, traité pratique de Droit civil français, T.6. op cit n°396.pp. 553-554.

ود. محمد عبد الجواد – المرجع السابق ص١٧٢ هامش(٢) .

فكرة حسن النية. (٢٤٣)

وللرد على مسلك أنصار النظرية في فرنسا أو ما اختطته المحكمة الألمانية في سبيل الأخذ بهذه النظرية نقول أن المشرع الفرنسي والألماني وقف كل منهما موقف العناد من هذه النظرية وعلى هذا راح الفقه والقضاء يتلمس في المبادئ العامة التي أقرها المشرع سندا لما يقول ومحاولة اقناع المشرع بذلك وأي مبدأ يكون أقوى من حسن النية وهو من المبادئ المسلمة من جمهرة المشرعين في جميع الدول وكذلك كافة الفقهاء لعل ذلك يثني المشرع عن مسلكه وتروق له الفكرة فيقر الأخذ بها من منفذ حسن النية فمثل ذلك الفقه كمثل الملهوف الذي لا يلوى على شئ سوى الوصول الى غرضه دون امعان في مدى صلاحية الوسيلة التي يمتطيها للوصول الى ذلك الهدف.

وحسنا ماقاله خصوم النظرية وان كنا نختلف معهم في تلك الخصومة الا أنهم قالوا حقا ـ لنقد الأخذ بالنظرية من خلال مبدأ حسن النية : ـ " بأن العقد متى تم ابرامه وعلى وجه صحيح وبرضاء لايشوبه عيب تعين تنفيذه لأن الأمانة تقضي على من تعاقد أن يحترم تعهده لا أن يتحلل منه فاذا هو تعلل بما يحدث من تغيرات في الظروف من أجل الزيغ من التزاماته عد ذلك خروجا منه على مقتضى حسن النية الواجب مراعاته في العقود ". (٢٤٤)

---

٢٤٣ ـ د. عبد الحي حجازي ـ المرجع السابق ص٥٦٥ هامش(٣) .

وكذلك : -jean-louis mouralis "imprévision" encyc. D. op cit n° 16.

٢٤٤ ـ د. السنهوري ـ المرجع السابق ص٨٥٨، د. حامد زكي . عقد التوريد وتغير الظرف الفجائي ـ المرجع السابق ص١٠٩ .

كذلك : -lucion campion, la théorie de l'imprév-ision op cit P. 104 et S.

المطلب العاشر
تضحية من الجانبين وليس اخلاء أيهما من التزامه

عند مناقشة نص المادة ٢/١٤٧ من التقنين المدنى فى لجنه القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل أن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس اخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بابطال العقد ٠ (٢٤٥)

وهذا الكلام تنقصه الدقه اذ أن نص المادة ٢/١٤٧ جعل ناصية الأمور بيد القاضى لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ولا يد للدائن أو المدين فى هذا القضاء كذلك فان منطق التضحية من الجانبين يقتضى أن تلعب ارادة المضحى دورا ايجابيا فى احداث التضحية ولا يمكن القول أو الادعاء بأن الدائن يضحى من أجل المدين والا لما وصل الأمر بينهما الى ساحة القضاء بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه لصيرورته مرهقا ٠

يضاف الى ذلك أن مصلحة كل من الدائن والمدين متعارضه ولو كان احدهما يريد التضحية لانتهى بينهما الأمر بالاتفاق الودى على معالجة أثر الظرف الطارئ فيما بينهما ٠

فالقاضى حينما يعمل سلطته فى تعديل التزامات العقد برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وطبقا للوضع الجديد انما يستمد تلك السلطة من النص القانونى دون اعتداد بارادة الطرفين لأن الفرض فيهما هو التعارض فضلا عن ذلك فان التضحية من باب التفضل والتكرم لكلا الطرفين وليس هنا مجال لاعمالها لأن الأمر لم يترك لمحض ارادتيهما بل عولج بنص

---

٢٤٥ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٧٨ ومابعدها ٠

صريح ترك زمام الأمور بيد القاضي ٠

وأخيرا فلا توجد أدنى مصلحة تجنى للدائن من وراء هذه التضحية ولا ضرر عليه ان كان في استطاعته التمسك بتنفيذ العقد رغم الارهاق الذى سيصيب المدين فالأخير يود لو أعفى من التزامه ولو بجدع أنفه والدائن يود لو أنه استطاع اجبار المدين على التنفيذ كاملا بغض النظر عما يصيبه من ارهاق من عدمه ٠

وهكذا نرى أن هذا الأساس يغلب عليه الطابع الانسانى الفلسفى ويعالج الأمر بنوع من المثالية التى لا مجال لها في عالم القانون ٠

وصفوة القول ما ردده أستاذنا الدكتور/ حمدى عبد الرحمن من أن " الأعمال التحضيرية خاصة المذكرة الايضاحية قد تتضمن ما يعكس آراء شخصية لواضعيها وقد تكون هذه الآراء أبعد ما تكون عن قصد الشارع٠ (٢٤٦)

---

٢٤٦ ـ د٠ حمدى عبد الرحمن ـ المرجع السابق ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨ ٠

المطلب الحادى عشر
الأساس المقترح للنظرية
(رأينا الخاص)

— عرض المبدأ : —

فى تقديرى أن الاساس الذى يناسب نظرية الظروف الطارئة هو الشرط الضمنى والذى مقتضاه بقاء الظروف التى تم فى ظلها التعاقد على حالها وقت التنفيذ ·

والشرط الضمنى " clause rebus sic stantibus " ليس بدعة من عندنا ولكنه صحب نظريات كثيرة ومبادئ قانونية لها ثقلها فى عالم القانون بشقيه الخاص والعام ·

بل لا اكون مبالغا اذا تجاوزت القول بأن ذلك الشرط قد تردد منذ زمن طويل فى مجال الظروف الطارئة فى وقت لم يكن من المتاح فيه مناقشة أوضاع العقد عند تغير الظروف كما سنرى بعد قليل ·

ورغم بدو وجاهة هذا الأساس الا أنه يثير عدة تساؤلات : أولها يدور حول مدى صلاحية فكرة الضمنية لكى تكون أساسا لنظرية الظروف الطارئة ؟ ثم ما هو مضمون هذا الشرط أو المبدأ وعناصرة ؟ وهل فكرة الضمنية محض افتراض فى العقد أم أن لها امارات ودلائل ؟ واذا كان الأمر كذلك فما هو التعريف المقترح للشرط الضمنى والذى نؤصل بمقتضاه الأخذ بهذه الفكرة ·

ونجيب على هذه التساؤلات بالترتيب الآتى : —

- مدى صلاحية هذا المبدأ كأس للنظرية ٠
- مضمون المبـــدأ ٠
- عناصر المبـــدأ ٠
- مدى اعتباره محض افتراض ٠
- تعريف المبـــدأ ٠

ونتولى الكلام عن كل نقطة من هذه النقاط تباعا ٠

أولا : مدى صلاحية هذا المبدأ كأساس للنظرية : ـ

لم يكن الشرط الضمنى وليد الدراسات القانونية الحديثة وانما كـــان معروفا منذ القدم وله تطبيقات كثيرة فى جميع أفرع القانون من عام وخـــاص وذلك على التفصيل التالى : ـ

(١) باستقراء أحكام القانون الرومانى نجد أن سلطان الارادة ومبدأ لزوم العقد المتولد عنه يقف حجر عثرة فى سبيل الأخذ بنظرية الظـــروف الطارئة ومع ذلك نجد من أقوال فقهاء ذلك الزمان مايشجع علـــى الاعتراف بها من منفذ الشرط الضمنى ٠

فهذا الفقيه " *Paul* " يقرر انقضاء الالتزام اذا جد ظرف ما كان يمكن ان ينشأ فيه الالتزام ٠ (٢٤٧)

وهذا الفيلسوف شيشرون يردد الشرط الضمنى بقوله : " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب " ٠

وكذلك سينيك فى قوله : " أنا لا أعتبر حانثا لعهدى ولا يمكـن اتهامى بعدم الوفاء الا اذا بقيت الأمور على ماهى عليه وقت التزامى

٢٤٧ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٥٨ ٠

ثم لم انفذه والتغير الذى يطرأ على امر واحد يجعلنى حرا فى أن أناقش التزامى من جديد ويخلصنى من كلامى الذى اعطيته ويجب أن يبقى كل شئ على حالته التى كان عليها فى الوقت الذى تعهدت فيه لكى استطيع المحافظة على كلامى " . (٢٤٨)

وهكذا نجد ان أمانى الفلاسفة الرومان فى الاعتراف بالنظرية كان يصاحب تأسيسها على الشرط الضمنى .

فاذا نظرنا لأحكام القانون الكنسى نراه أول قانون يعترف بالنظرية فبرغم عنايته الشديدة بتأكيد القوة الملزمة للعقد واعتباره عدم الوفاء بالتعهد نوعا من الخطيئة (Péché) الا أنه واستصحابا لهذه المبادئ اقر نظرية الظروف الطارئة تأسيسا على أنه يوجد فى كل العقود شرط ضمنى مؤداه بقاء الأمور على حالها .

وقد تردد هذا الشرط كثيرا فى أقوال فقهاء الكنسية ومن ذلك قول أحدهم " العقود المستمرة التى تنتج آثارها فى المستقبل يفترض فيها بقاء الظروف التى انعقدت فى ظلها على ماهى عليه" (٢٤٩)

ويبين من ظاهر أقوال الفقهاء السابقة أن الأخذ بالنظرية يتعارض مع مبدأ لزوم العقد وهذا الكلام بداية صحيح الا أننا اذا

---

٢٤٨ ـ المرجع السابق ص١٥٩ ـ ١٦٠ ، د. صوفى حسن أبو طالب ـ المرجع السابق ص٢٥٠ .

٢٤٩ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٦٠ ، د. اسماعيل غانم ـ فى النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ص٣١٣ ، د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص٣١٧ .

تجاوزنا هذا الظاهر ونفذنا الى ماوراء ذلك نجد أن تأسيس النظرية على الشرط الضمنى يزيل هذا التناقض نظرا لأن مبدأ لزوم العقد هو نتاج اتفاقات الأفراد ولكن بمرور الزمن ظهر أن الأخذ به على اطلاقه قد يسبب أضرارا بالغة للمتعاملين ولذلك قيل بالشرط الضمنى وهو بلا شك أمر مضمر فى نفس المتعاقد فيكون مبدأ اللزوم و استثناءه كلاهما من منبع واحد ٠

(٢) الأصل فى المسئولية العقدية ان التعويض عنها لا يشمل سوى الضرر المباشر المتوقع فحسب وذلك فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم ٠

أما فى المسئولية التقصيرية فالتعويض يشمل كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ٠

ويثور التساؤل عن المغزى من التفرقة فى مدى التعويض عن كلا المسئوليتين ؟

يقدم استاذنا الجليل المغفور له د٠ السنهورى الاجابة على ذلك فى وسيطه (٢٥٠) اذ يرى أن الأصل فى التعويض أن يكون عن كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع بصرف النظر عن نوع المسئولية المستوجبه لهذا التعويض لأن الشخص هو الذى أحدث الضرر بخطئة الا أن المسئولية العقدية تتميز بأن قوامها العقد بمعنى أن ارادة المتعاقدين هى التى تحدد مداها وقد افترض القانون أن هذه الارادة قد انصرفت الى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه ٠

---

٢٥٠ ــ د٠ السنهورى ــ المرجع السابق ص ٩٣٤

وينبع هذا الافتراض من وجود اتفاق ضمنى فى العقد يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على الضرر المتوقع فقط فاذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما فسد الاتفاق ورجعنا الى الأصل وهو التعويض عن الضرر بكامله المتوقع وغير المتوقع٠

ولا شك أن التفسير الذى ساقه استاذنا الجليل يجد أصله فى مبدأ الشرط الضمنى فكأن المتعاقد وهو يبرم عقده يشترط ضمنا على أن تقف مسئوليته عن الأضرار التى يسببها عند حد ما يمكن توقعه وقت ابرام العقد ويشاركه نفس الشعور المتعاقد معه٠

وهذا يشبه الى حد كبير اشتراط الايكون الحادث الطارئ قد وقع بخطأ من المدين حتى يمكن له الاستفادة من احكام النظرية٠

(٣) ظل القانون الانجليزى حتى مستهل النصف الثانى من القرن التاسع عشر يعفى المدين من تبعة الحادث الطارئ اذا كان الالتزام الذى أصبح تنفيذه مرهقا قد فرضه القانون على الشخص٠

أما اذا كانت هذه الالتزامات أو تلك الواجبات ترجع فى أصل نشأتها الى عقد كان قد أبرمه هذا الشخص بمحض ارادته فلا يعفى من التنفيذ حتى فى ظل الظروف الطارئة٠

ورغم قسوة تلك الأحكام وصرامة القانون الانجليزى تجاه تنفيذها الا أنه وردت عليها بعض الاستثناءات تأسس بعضها على الشرط الضمنى٠

ومن ذلك ماتقضى به الشريعة العامه الانجليزيه(common low) بخضوع العقود التى يقوم بابرامها متعهد و نقل البضائع

(carriers of goods) بشرط ضمنى يعفى من التنفيذ فى حالة وقوع حوادث طبيعية (act of god)أو اية حوادث أخرى يتسبب فيها من يعتبرون من اعداء الملك (king's enemies) (٢٥١)

وقد طبق القضاء الانجليزى مبدأ الضمنية فى دعاوى كثيرة وقضى فيها بفسخ العقد بناء على ذلك وقد تردد هذا المعنى فى أحكام كثيرة دارت كلها حول انه لا يشترط أن يكون هذا الشرط صريحا بل يكفى أن يكون ضمنيا أو مضمرا فى العقد (Implied) فاذا تبين من طبيعة التعاقد ان تنفيذ العقد لم يكن ليتم وفقا لتصور المتعاقدين فى البداية الا مع بقاء بعض من أشياء محددة على ماهى عليه عند التعاقد فان العقد فى هذه الحالة ينشأ مقترنا بشرط ضمنى والذى مقتضاه اعفاء كل من المتعاقدين من التزاماته التعاقديه اذا صعب أو حتى استحال عليه تنفيذها بسبب مايكون قد لحق بهذه الأشياء من التلف أو الهلاك المادى بشرط ألا يرجع ماحدث الى خطأ أحد المتعاقدين والا يتوقعاه عن صدور العقد . (٢٥٢)

(٤) ومن بين مظاهر التميز بين العقود المستمرة وتلك الفورية التنفيذ أن الأولى يمكن تجديدها دون الاتفاق على ذلك صراحة بل ضمنا عند انتهاء مدتها .

ويعنى التجديد الضمنى (tacite reconduction) اتجاه ارادة الطرفين الى تجديد العقد ويستفاد ذلك من عدم ابداء

---

٢٥١ ـ د. نجيب محمد بكير ـ أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام ـ المحاماة السنة ٦٦ العدد ١ ، ٢ يناير وفبراير سنة ١٩٨٦ ص ٦٢ .

٢٥٢ ـ د. حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص ١٣٧ .

احدهما الرغبة فى انهاء العقد مع استمراره فى أداء التزاماته مقابل حصوله من الطرف الآخر على الأداء المقابل كانتهاء عقد الايجار وبقاء المستأجر فى العين بعلم المؤجر ودون اعتراض منه . (٢٥٣)

(٥) ولمبدأ الضمنية كذلك أصداؤه فى مجال القانون التجارى ويظهر ذلك بوضوح فى عقد الوكالة بالعمولة .

وتفصيل ذلك أن من بين الضمانات الخاصة بحفظ حق الوكيل بالعمولة حقه فى حبس البضاعة المرسلة أو المسلمة اليه أو المودعة عنده مع تقدمه على غيره فى استيفاء حقه المتمثل فى المبالغ التى أقرضها أو دفعها .

ويخول حق الحبس هذا للوكيل بالعمولة الاحتفاظ بالأشياء التى تحت يده وعدم تسليمها للموكل الا بعد استيفاء حقه .

ولقد حاول الفقه أن يجد مبررا قانونيا لفكرة حق الحبس هذه فقام بتقريب هذا الحق باحدى الوسائل القانونية القوية والمقررة للدائن وهى فكرة الرهن .

الا أن الرهن يتم بناء على اتفاق صريح بين الدائن المرتهن والمدين الراهن ونظرا لعدم وجود مثل هذا الاتفاق بين الوكيل بالعمولة وموكله فقد ابتكر الفقه فكرة الرهن الضمنى . (٢٥٤)

فكأن عقد الوكالة بالعمولة يتضمن نوعين من الاتفاق أولهما صريح

---

٢٥٣ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٦٩ .

٢٥٤ ـ د. على حسن يونس ـ العقود التجارية (عقود الوساطة) طبعة١٩٨٤ ص٦٦ .

ولا يشترط كون هذه الظروف عامة بل يكفى أن تكون عذرا شخصيا ألم بأحد أطراف العقد دون غيره من الناس .

وقد يقوم العذر بالمستأجر كأن يكون محاميا أستأجر مكتبه ثم اضطر الى ترك مهنته لسبب لا يد له فيه .

وقد يقوم العذر بالمؤجر كما اذا تعهد باقامة بناء يكمل العين المؤجرة ثم جدت ظروف غير متوقعة تجعل القيام بالبناء مرهقا له (٩٢٤) .

وعلى العكس من ذلك لو أن الظروف التى طرأت افتقرت الى صفة الخطورة فلا يمكن انهاء الاجارة اذ لا يعد ما حدث بمثابة عذر وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض تطبيق نظرية العذر الطارىء فى ايجار مطحن اشترط فيه أن تكون الأجرة اثنا عشر قرشا عن طحن كل أردب . ثم رفعت وزارة التموين أجرة طحن الأردب الى ثمانى عشر قرشا ولما أراد المؤجر فسخ العقد للعذر الزمته المحكمة بالتزام ما جاء فى العقد وبأن يتقاضى عن طحن كل أردب اثنا عشر قرشا فقط(٩٢٥).

---

(٩٢٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٤ ص ٥٩٩ .

(٩٢٥) نقض مدنى ١٩٥٧/١/٢٤ – مشار اليه د. السنهوري – المرجع السابق ص ٨٦٢ هامش (٢) .

ويمكن القول فى الجملة بأن مرحلة المفاوضات " هى ذات طابع تمهيدى ووسيلى فهى تصلح فقط فى حالة الوصول الى اتفاق وتفقد كل قيمة لها عند عدم تحقق ذلك فهى بمثابة مواد بناء العقد المستقبل الذى باعتباره كلا واحدا يحتاج فى وجوده الى كل المواد الضرورية أى الى اتفاق كامل على كل اجزائه " . (٢٥٦)

ولا شك أن المغزى من اجراء المفاوضات هو المصلحة الشخصية لكل مفاوض فكل منهما يتوخى تحقيق اكبر قدر من المصلحة وتجنب اكبر قدر من المغرمة أو الكلفة ويكون ذلك بأن يضع كل منهما تصوره العقلى بالنسبة للمستقبل بحسب معطياته المتاحة أمامه مضافا اليها سابق خبرته فى التعامل وبناء على ذلك يضع خطته فى صياغة شروط العقد ولكن يدور فى ذهنه أن الظروف ربما تغيرت عما هى عليه الآن بما قد يحمله من أمره عسرا ومشقة قد تكون نتائجها بالنسبة لاقتصادياته بمثابة القشة التى قصمت ظهر البعير الا أنه يشفق من هذا الاحتمال وكما تصوره ذهنيا يستبعده كذلك ويظهر الى جواره شعور مؤداه أن طلب اعادة النظر فى أداءات العقد فى هذه الحالة يصبح أمرا تفرضه العدالة وحسن المعامله وعلى الجانب الآخر يسود نفس الشعور لدى المتعاقد الثانى .

وهكذا نجد أنفسنا امام اتفاق صريح ظاهر فى العلن يتمثل فى العقد المبرم بين المتعاقدين واتفاق آخر مضمر فى نفسية كل منهما الا انهما يعلمانه بحكم الفطرة وعرف التعامل ولذا اذا حدثت الظروف الطارئة وأعيد النظر فى أداءات العقد نجد شبه تسليم من الدائن بذلك لأنه اذا كان

---

٢٥٦ ــ مسينيو ــ النظرية العامة للعقد ص١٧٣ ــ مشار اليه د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٤٧٥ هامش(١) .

أو ترك المحامى لمكتبه بمناسبة توليه وظيفة معينة .

٤- أن تجعل هذه الظروف تنفيذ الايجار مرهقا (٩٢٧).

ولا يخرج مفهوم الارهاق هنا عن مفهومه العام أي الذي يهدد بوقوع خسارة فادحة لو ان المستأجر أو المؤجر استمر فى تنفيذ العقد .

فاذا احتاجت العين المؤجرة الى ترميمات ضرورية ذات نفقات فادحة جاز للمؤجر أن يطلب انهاء الاجارة للعذر الطارئ .

وقاضى الموضوع هو الذي يقرر ما اذا كان هناك ارهاق يجيز انهاء الاجارة من عدمه .

أثر توافر الشروط السابقة (٩٢٨) :

يترتب على توافر الشروط السابقة جواز طلب انهاء الايجار قبل مدته المحددة لمن وقع العذر الطارئ فى جانبه على ان المشرع قد أعطى الطرف الآخر ضمانتين اساسيتين وهما :

١- يجب التنبيه عليه بالاخلاء فى المواعيد القانونية .

٢- تقاضى تعويض عادل فاذا كان العذر الطارئ فى جانب المؤجر فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض

(٩٢٧) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦٣ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق ص ٥١٨ ، د. منصور مصطفى منصور- المرجع السابق ص ٦١٧ .

(٩٢٨) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦٥ ومابعدها، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧١ - ٥٧٣ .

مستقبل غير محقق الوقوع ومضمر فى نفس المتعاقد يترتب على تحققه اعادة النظر فى أداءات العقد " ٠

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن للشرط الضمنى ثلاثة عناصر رئيسية وهى : ـ

(١) أمر نفسى مستقبل : ـ

ومعنى ذلك أن الشرط الضمنى ليس صريحا أو محل اتفاق بين الطرفين بل هو أمر نفسى يحتفظ به كل متعاقد دون الافصاح عنه ولكن مجريات التعامل وعرفه تشير الى وجوده ٠

ومضمون هذا الشرط يتوقف على حادثة مستقبلة لا وجود لها وقت التعاقد وانما يحتمل حدوثها فى المستقبل فهى قد تقع وقد لا تقع ومعنى ذلك أن هذا الشرط يفسد اذا كان الظرف الطارئ قد حدث وقت التعاقد حتى ولو لم يعلم به طرفى العقد طالما كان الحادث من العمومية بحيث لا يخفى على أحد ويكون جهلهم به ناتج عن التقصير والاهمال ٠

(٢) غير محقق الوقوع : ـ

وهذا شأن الشرط عموما أنه غير محقق الوقوع وبالنسبة للشرط الضمنى يجب ألا تكون هناك امارات وقت التعاقد تدل على أنه سيقع حتما والا فقد صفته فيجب أن يكون شرطا احتماليا (condition casuelle) أى تتساوى احتمالات حدوثه وعدم حدوثه وهذا ما يترجم اشتراط كون الظرف الطارئ غير متوقع أثناء التعاقد ٠

ولنا أن نتساءل عن أثر هذا الاختلاف بين النصين :

يمكن القول بأن ما ورد في نص المادة (٦٠٨) لا يشكل خطرا على الحكم العام للنظرية الوارد بالمادة (٢/١٤٧) وذلك للآتى :

١- أن شرط العمومية مختلف عليه وقد سبق لنا اقتراح استبعاده خاصة أن المشروع التمهيدي جاء خلوا منه فضلا عن رفض كل من المشرع البولندي والايطالى الأخذ به ولما اضافته لجنة المراجعة كان ذلك من باب التضييق من نطاق النظرية فاذا جاء المشرع وأغفله وهو بصدد المادة (٦٠٨) فلا يكون ذلك الا من باب الرجوع الى الأصل .

٢- وقوف سلطة القاضى عند حد رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول دون اباحة الفسخ وهو بصدد تطبيق نص المادة (٢/١٤٧) هو أمر لم يأخذ به كل من التقنين البولونى والايطالى واللذين اجازا الفسخ بمعنى أن مسألة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ليست من مستلزمات نظرية الحوادث الطارئة (٩٣٠).

وتجدر الاشارة أخيرا الى أن المشرع قد أورد تطبيقات أخرى لنظرية الظروف الطارئة منها جواز انهاء الايجار لموت المستأجر (م ٦٠١ ، ٦٠٢ مدنى) وبسبب اعساره (م ٦٠٣ مدنى) وبسبب تغيير الموظف أو المستخدم لمحل اقامته (م ٦٠٩ مدنى) (٩٣١).

---

(٩٣٠) د. السنهوري – المرجع السابق ص ٨٥٨ .

(٩٣١) المرجع السابق ص ٨٦٨ ، د. عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٥٧٢ .

الالتزام وقد يكون فاسخا ينقض بتحقه الالتزام أما الشرط الضمنى فلا يترتب على تخلفه نشوء الالتزام اذ هو موجود من الأصل كما لا يترتب على تحققه فسخ الالتزام وانما اعادة النظر فى قيم الاداءات مع الابقاء على الاطار العام للعقد ٠

رابعا : هل الشرط الضمنى محض افتراض : ــ

اذا كنا قد تحدثنا عن الشرط الضمنى وقلنا أنه أمر مفترض فى كل عقد فهل هذا الافتراض مطلق أم انه مقيد بأمارات أو علامات تدل عليه سواء فى العقد أو فى غيره ؟

بداية نقرر أن هذا الشرط ليس محض افتراض فهو وان كان ليس صريحا فى العقد الا أنه كذلك فى نفسية كل متعاقد ويستصحب كأحد مكملات العقد وفقا لطبيعة المعاملة (nature de l'affaire) وماجرى عليه عرف التعامل ٠

فالعقد اذا كان قد ارتضاه المجتمع وسيلة للتعامل فان أحكامه لابد وأن تستلهم فيها روح الجماعة وضميرها وأعرافها فالمشرع فيما سنه من قوانين لابد أن تكون ترجمة لما يحقق مصالح المجتمع آية ذلك أن المشرع المصرى لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى التقنين المدنى القديم ولكن ظهرت الحاجة اليها جلية فى مناسبات عدة بل ان الرأى العام ممثلا فى فقهائه كان ينادى بضرورة الأخذ بها ولما شعر القضاء بأنها من مكملات التعامل بادر الى الأخذ بها فى محاولة غير محسوبة قبل أن يأذن له المشرع بذلك فى حكم استئناف القاهرة الشهير (٢٥٩) ورغم أن محكمة النقض قد الغته فى

---

٢٥٩ ــ استئناف القاهرة ــ الحكم السابق ــ نفس الموضع ٠

ولما كان هذا النص تطبيقا من تطبيقات نص المادة ٢/١٤٧ فان شروط الاحتكام لنص المادة ٦٥٨ هى ذاتها شروط الاحتكام للنظرية العامة للظروف الطارئة (٩٣٣)" .

وعلى ذلك يمكن القول بوجوب أن تكون بصدد عقد بين المقاول ورب العمل ويراعى في طبيعة العقد الضوابط التى سبق لنا تناولها ونحن بصدد الحديث عن نطاق النظرية العامة للظروف الطارئة . وأن تجد ظروف طارئة فى الفترة ما بين ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه وتتمثل هذه الظروف في حوادث استثنائية كحرب يترتب عليها ارتفاع اسعار المواد الاولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل مثل زيادة أجور نقل المواد الاولية مع زيادة سعر التأمين أو الضريبة على استيراد المواد الاولية من الخارج .

ولكن يشترط في هذه الحوادث أن تكون عامة وليست خاصة بالمدين المقاول وحده يضاف لذلك ألا تكون هذه الحوادث متوقعة ولا يستطاع دفعها وأخيرا أن تؤدي هذه الحوادث الى ارهاق فى التنفيذ ويتمثل هذا الارهاق في انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول . فالخسارة المألوفة فى التعامل أمر طبيعى متوقع ولا جديد في ذلك أما اذا وصل الأمر

---

(٩٣٣) لمزيد من التفاصيل هن عقد المقاولة أنظر : د. السنهوري العقود الواردة على العمل - عقد المقاولة ص ١٨١ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب - شرح أحكام عقد المقاولة طبعة ١٩٦٢ ص ١٦٩ وما بعدها ،نقض مدنى ١٩٧٠/١١/٢٤ - مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ق رقم ١٨٧ ص ١١٤٨ .

فيها باعترافه بالشرط الضمنى (٢٦١) : ـ

أ ـ ففى سنة ١٧٥٦ صدرت مجموعة ماكسيمليان وورد فى الفصل الثانى عشر من القسم الخامس عشر من الجزء الرابع على أن كل الالتزامات تشتمل ضمنيا على شرط بقاء الأمور على ماهى عليه .

ب ـ وفى سنة ١٧٩٤ صدر القانون البروسى وقد أورد من بين أسباب انحلال العقود تغير الظروف غير المتوقع .

جـ ـ فى سنة ١٩٠٠ صدر التقنين المدنى الالمانى الجديد وقد ورد بأعماله التحضيرية أنه قد قصر تطبيق " شرط عدم تغير الظروف " على حالتين فقط . (٢٦٢)

ولم يقف الأمر عند حد القانون الالمانى با تخطاه لقرينه الايطالى والذى نوه صراحة الى الشرط الضمنى باعتباره أساسا للأخذ بالنظرية فقد ورد بتقرير القانون المدنى الايطالى رقم (٦٦٥) أنه " لا يفرق بين العقود ذات التنفيذ المستمر أو الدورى وبين العقود ذات التنفيذ المؤجل ذلك أن جواز الأخذ بمقتضى شرط عدم تغير الظروف لا يتوقف عقلا على الطبيعة الخاصة للأداء من حيث كونه دورى التنفيذ أو مستمر التنفيذ . . "(٢٦٣)

وبذلك نكون قد انتهينا الى أن أساس نظرية الظرف الطارئ يكمن فى ذلك الشرط الضمنى الذى يعتبر بمثابة النية المشتركة بين المتعاقدين وقت التعاقد والتى تنصرف الى أن العقد ينفذ حسبما اتفقا عليه طالما أن الظروف التى جرى فيها التعاقد لم تتغير فان تغيرت على نحو يجعل تنفيذ العقد جائرا بالنسبة لأيهما فانه يجب ازالة هذا الجور .

٢٦١ ـ د . محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ١٦٦ .
٢٦٢ ـ د . عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٥٩ ـ ٥٦٠ .
٢٦٣ ـ د . عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٧٢ هامش (١) .

الاحتكام للاخيرة لا مجال للفسخ بل كل ما يملكه القاضى هـو رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وحسب .

أما فى التطبيق فان للقاضى أن يقضى بفسخ العقد وهو لا يلجأ لذلك الا عند توافر المبرر له كما لو ثبت لدى القاضى أن زيادة أجر المقاول لا يغنى وسيظل التزامه مرهقا فضلا عن ارهـاق رب العمل لتحميله بزيادة الأجر .

٢- زيـادة الأجـر :

ويجب على القاضى عند زيادة الأجر أن يراعى ألا يزيده حتى يثقل كاهل رب العمل وفى نفس الوقت لا يتحمل المقاول أي اعبـاء بل عليه أن يراعى ما سبق لنا تناوله ازاء الحديث عن معالجـة أثر الظرف الطارىء وهو أن يبدأ بتحميل المقاول الخسارة المألوفـه وما زاد عن ذلك يقسمه بين المقاول ورب العمل مناصفـة .

ويلاحظ أخيرا أن التطبيق الخاص الوارد بالمادة ٦٥٨ خـاص بالمقاولة التى يكون فيها الأجر مقدرا بمبلغ اجمالى أما المقاولة التى يحدد فيها الأجر بالمقايسة على أساس الوحدة فانه لم يـرد بشأنها نص خاص ولذلك يطبق عليها حكم النظرية العامة الـوارد بالمادة ٢/١٤٧ مدنى(٩٣٤).

-ه-

(٩٣٤) د. السنهوري - المرجع السابق ص ١٨٦ هامش (٣) .

يقوم بتلك المهمة وقد أحاطت به الصعوبات مما يضفى على التنفيذ نوعا من الكلفة والمشقة مع أنه لم يتسبب فى شيء مما حدث وبالتالى فمن الظلم أن نتركه هكذا خاصة وأن المساواة من المبادئ الهامة فى شريعتنا الغراء سواء فى مجال العبادات أو المعاملات مما يضفى عليها نوعا من العدالة المنبثقة من تساوى المراكز بين المتعاملين من البشر .

وفى ذلك يقول العلامة الكاسانى فى بدائعه : " المساواة فى العقود مطلوب العاقدين " . (٢٦٤)

(٣) اذا كان كل من العدل والرحمة يقتضى الأخذ بيد الطرف الضعيف والذى يضار اذا أجبر على تنفيذ التزامه فى ظل الظروف المصاحبة لهذا التنفيذ اذا كان الأمر كذلك وكان هذا هو الدافع لسن التشريعات الخاصة بهذه النظرية فان الشريعة الاسلامية تعد أولى الشرائع بمعالجة مثل هذه المواقف فلا شك أن الدين الاسلامى دين عدل ورحمة ولذلك كثرت فيه القواعد الفقهية التى تشيع رحمة وسماحة فاليسر ظاهر والحرج منفى ولذا لم يجد فقهاء المسلمين عناء كبيرا فى الاستناد لتلك القواعد الفقهية لاستقاء الحلول منها بدرجة أغنتهم عن أن يضيعوا وقتهم فى ابتكار اطار شكلى للنظرية .

لكل هذه الأسباب نجد أنه لا غرابة اذا وجدنا أن الفقه الاسلامى فقه موضوعى أبعد مايكون عن الشكلية وهذا أمر ليس وقفا على المعاملات فقط وانما كذلك فى مسائل العبادات فالله سبحانه

---

٢٦٤ ـ الكاسانى ـ بدائع الصنائع ـ جـ٥ ص٢٣٨ .

معينة لا يناسبها تطبيق أحكام النظرية العامة للظروف الطارئة عليها .

ومن نص القانون السابق يتبين لنا أن لتطبيق أحكام القانون شروطا ترتب آثارا الا أنه قد يحول دون ترتب هذه الآثار مانع معين ولنتناول تلك النقاط تباعا .

شروط تطبيق القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ :

١- أن يبرم عقد بيع لأرض زراعية ويكون هذا العقد ثابت التاريخ قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ ومقتضى هذا الشرط أن المشرع يريد بذلك قطع التحايل لمنع تطبيق القانون بالنسبة للأفراد الذين يصطنعون عقودا وينسبون تاريخ نشوئها الى ما قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ فاشترط ثبوت التاريخ فضلا عن اشتراط كون تاريخ العقد سابقا على ١٩٥٢/٧/٢٣ ابرازا لشرط عدم التوقع للظرف الطارئ ويكفى في هذه الحالة أن يبرم العقد ولو قبل ٢٣ يوليو بيوم واحد .

٢- أن يؤجل ثمن البيع كله أو جزء منه الى ما بعد ١٩٥٢/٧/٢٣م وقد ارتأى المشرع أن مثل هذا المشتري سيصاب بارهاق فادح نتيجة الاستيلاء على الأرض المشتراه مع الزامه بأداء الثمن المتفق عليه برغم ان قيمة الارض قد انخفضت فأراد أن يخفف عن كاهله هذا الأرهاق .

لامتناع الضرر أو امتناع الحرمة .

ومعالجة أثر الجائحة يكون من منطلق منع اكل أموال الناس بالباطل .

كذلك اذا تمثل جزاء الظرف الطارئ حال تقلب قيمة النقود فى الصلح على الأوسط فهو من باب امتناع الضرر .

وعلى ذلك يمكن القول بأن لأساس النظرية فى الفقه الاسلامى مظاهر ثلاثة نتناول كل منها فى مطلب مستقل على النحو التالى : ــ

المطلب الأول : امتناع الضرر .

المطلب الثانى : امتناع أكل أموال الناس بالباطل .

المطلب الثالث : امتناع الحرمة .

لسلطة القاضي التقديرية وهذه الآثار هي[٩٣٧] :

١- تخفيض الثمن بالنسبة للمشتري بقدر نصف الفرق بين هذا الثمن وبين التعويض الذي ستدفعه الحكومة .

ومعنى ذلك أنه لو كان ثمن الأرض ٨٠٠ ج وتعويض الحكومة ٣٠٠ج فيكون الفرق هو ٥٠٠ ج وتلك هي الخسارة التي يتحملها المشتري ولا شك أنها فادحة مرهقة ولذلك يرفع عن كاهله نصف هذا الفرق أي ٢٥٠ج .

٢- ألا يزيد القدر الذي يعفى منه المستأجر عن القدر الباقي في ذمته من كل ثمن البيع والعلة من ذلك واضحة اذ أن تطبيق أحكام النظرية العامة للظروف الطارئة يكون على ما لم يؤدي من الأقساط فقط أما ما تم أداؤه فلا يلتفت اليه لأن المدين يكون قد أداه في سعة من حاله .

وتمشيا مع هذه العلة وتطبيقا للفرض الذي سقناه في بند (١) فانه لو كان المستحق في ذمة المشتري مائة جنيه فتكون هي الحد الاقصى للاعفاء برغم ان نصف الفرق مائتين وخمسون جنيها لأن الباقي في ذمته هو الذي يكون محلا للارهاق فحسب .

وتجدر الاشارة الى ان الآثار السابقة تتعلق بالجزء من الأرض الذي يتم الاستيلاء عليها طبقا لقانون الاصلاح الزراعي بمعنى أن ما لم يتم الاستيلاء عليه من أراضي المشتري فلا تطبق

---

(٩٣٧) المرجع السابق ص ٢٠٠ وما بعدها .

الفرع الأول
المشقة تجلب التيسير (٢٦٦)

تمثل قاعدة المشقة تجلب التيسير مجالا خصبا لنظرية الظروف الطارئة في الشريعة الاسلامية فلا شك أن مايلم بالمتعاقد الذى قام الظرف الطارئ فى جانبه هو نوع من المشقة تتمثل فى الضرر الذى سيحيق به ان هو أجبر على المضى فى موجب العقد ٠٠ وفى مقابل ذلك يجب الترفق به والتيسير عليه حتى يتخطى لحظة العسرة٠

ولقد نبتت هذه القاعدة الكلية من أصول شتى من الكتاب والسنة ولنعط لذلك بعض الأمثلة على النحو التالى : ـ

أولا : من الكتاب : ـ

١ ـ قوله تعالى : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ". (٢٦٧)
٢ ـ قوله تعالى : " وماجعل عليكم فى الدين من حرج ". (٢٦٨)

ثانيا : من السنة النبوية : ـ

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم " بعثت بالحنيفية السمحة ومن خالف سنتى فليس منى ". (٢٦٩)
٢ ـ " ماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين الا اختار

---

٢٦٦ ـ الاشباه والنظائر للسيوطى ص٨٤ ومابعدها ـ ولابن نجيم ص٣٧ ٠
٢٦٧ ـ سورة البقرة آية (١٨٥) ٢٦٨ ـ سورة الحج آية (٧٨) ٠
٢٦٩ ـ رواه الخطيب عن جابر قال العزيزى حديث حسن وأخرجه العراقى عن احمد ـ انظر شرح الشيخ عبد الله دراز لأبى اسحاق الشاطبى جـ٢ ص١٢٢ ٠

المبحث الثاني

معالجة أثر الظرف الطارىء في الشريعة الاسلامية

اذا وقع الظرف الطارىء بالضوابط والأوصاف التى أسلفناها فانه يخلف أثرا يتمثل في الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين سواء كان المستأجر في عقد الايجار أو المشتري فى بيع الثمار أو المدين فى حالة تقلب قيمة النقود .

ولا شك أن الضرر - وقد سبق لنا تناوله - أمر لم يلتزمه المتعاقد بمقتضى العقد ولذا كان الواجب رفع هذا الضرر عن كاهله على وفق ما سنرى بعد قليل .

ولكن يثور التساؤل قبل أن نبدأ تلك المعالجة ألا وهو : هل يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد حكم الطوارىء؟ وبعبارة أخرى هل يجوز للمؤجر أو البائع أن يشترط على المستأجر أو المشتري عدم الاحتكام الى نظرية الظروف الطارئة وذلك بفسخ الاجارة أو الحط من الثمن أو الصلح على الأوسط ؟ .

الاجابة على ذلك فى نظري بالايجاب فى حالتى بيع الثمار أو تقلب قيمة النقود فيجوز اشتراط استبعاد نظرية الظروف الطارئة وان كان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الوضعى على تفصيل رأيناه فى موضعه لوجود النص الآمر ٢/١٤٧ مدنى .

(٣) تخفيف ابدال . كابدال الوضوء والغسل بالتيمم .

وعلى هذا فاذا ما وقعت حوادث طارئة جعلت تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقا ارهاقا لا يبلغ حد الاستحالة وانما يزيد من الكلفة والمشقة وجب التخفيف على المتعاقد والتيسير عليه .

وقد يتمثل هذا التيسير أو التخفيف فى أحد أمور ثلاثة : ـ

(١) اسقاط الالتزام عن المتعاقد . ويتأتى ذلك بحل رابطة العقد عن طريق فسخه وذلك فى حالة قيام العذر حال تنفيذ عقد الايجار.

(٢) انقاص كم الأداء بقدر ما تلف من الثمر نتيجة الجائحة .

(٣) ابدال النقد الذى ينفذ به الالتزام بدلا من النقد المتفق عليه والذى تغيرت قيمته بدرجة تجعل من الاصرار على تنفيذ الالتزام بمقتضاه رغم ذلك ضربا من ضروب المشقة التى تقتضى التيسير .

أما بالنسبة لعقد الايجار فالأمر يختلف في نقطة معينة . فقد رأينا أن العذر قد يكون شرعيا أو غير ذلك .

والعذر الشرعي هو الذي يأتي من جهة الأحكام الشرعية ولذلك سنرى أن العقد في حالة العذر الشرعي ينفسخ من تلقاء نفسه لأن الابقاء عليه رغم وجود العذر يرتب الحرمة لأن الحق فيه ليس متعلقا بمصلحة خاصة وانما يتعلق بالله تعالى ولذلك لا يجوز الاتفاق على استبعاد حكم الظروف الطارئة في هذه الحالة وهو ما يشبه في القانون الوضعي المسألة التي تتعلق بالنظام العام ومثالها : من استؤجرت لكنس مسجد ثم حاضت وكمن يستأجر طبيبا لقلع السن الوجعة ويسكن الألم .

أما اذا لم يكن العذر من جهة الشرع فلا تثريب على هذا الاتفاق باستبعاد حكم الظروف الطارئة .

بعد ذلك نعالج أثر الظروف الطارئة في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

- المطلب الأول : وضع الجائحة .
- المطلب الثاني : فسخ الاجارة بالعذر .
- المطلب الثالث : الصلح على الأوسط .

—٠—

ما استطعتم واذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه " ٠

وبتطبيق ذلك على نظرية الظروف الطارئة نجد أن هناك مصلحتان متعارضتان مصلحة الدائن فى الحصول على حقه من المدين ومصلحة الأخير فى أن يناله شيء من التخفيف يوازى ما صادفه من مشقة ٠

واذا نظرنا لكلا المصلحتين نجد أنه فى مقابل تحصيل المصلحة للدائن سيحل بالمدين ضرر لم يستحقه بالعقد فضلا عن أن حجم هذا الضرر كبير اذ أنه يتمثل فى خسارة فادحة واهدار لأمواله مما قد يجره الى الخراب مما ينتج عنه أن تصير المصلحة فى الواقع الى مفسدة فوجب ـ ازاء ذلك ـ التضحية بمصلحة الدائن التى تتضاءل أمام تلك المفسدة التى ستحل بالمدين ٠

وعلى ذلك فاذا تمثل الظرف الطارئ فى عذر قام بجانب المستأجر يحول دون المضى فى موجب عقد الايجار ويجعل من الاصرار على ضرورة التنفيذ التزامه بضرر لم يستحقه بالعقد فان الواجب يحتم فسخ تلك الاجارة درءا للمفاسد ٠

واذا تقلبت قيمة النقود فان الضرر قد يحل بجانب المشترى اذا ارتفعت قيمة النقد الذى التزم بالوفاء به ٠ وعلى العكس يحل الضرر بالبائع اذا انخفضت قيمة النقد الذى يستوفى به حقه من المشترى وأيا ما كان موضع الضرر فانه يجب ازالته لأن فى اجبار المشترى على الوفاء بالنقد المرتفع القيمة اضرار به يتمثل فى أنه سيوفى بقدر يزيد عن المتفق عليه من حيث القيمة ٠ وكذلك الأمر بالنسبة للبائع فانه سيضار ان هو أجبر على قبول الوفاء بنقد انخفضت قيمته وتلك هى المفسدة بعينها فوجب درؤها ٠

اذا كان الأمر كذلك فان فقهاء المذهب المالكى قد وضعوا في المقابل نظرية لوضع الجوائح لم تترك صغيرة ولا كبيرة من مظاهر المعاملات وقت وضع تلك النظرية الا أحصتها ووضعت لها الحلول المناسبة لما عساه يطرأ من مشاكل ولم تقف تلك النظرية عند حد بيع الثمار بل تناولت كل أنواع النبت فى ذلك الزمان على ما سنرى .

وعلى ذلك سنعالج وضع الجائحة من خلال تناولنا لموقف المذاهب الأربعة فى هذا الشأن على النحو التالى :

الفرع الأول : موقف الحنابلة من وضع الجائحة .
الفرع الثانى : موقف المالكية من وضع الجائحة .
الفرع الثالث : موقف الأحناف من وضع الجائحة .
الفرع الرابع : موقف الشافعية من وضع الجائحة .

حتى ينتصف من حقه أو نموت جميعا . وبلغت المسور بن مخرمة فقال مثل ذلك وبلغت عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمى فقال مثل ذلك فلما بلغ ذلك الوليد أنصفه ". ٢٧٨)

وهذه القصة ان دلت على شئ فانما تدل دلالة قاطعة على أن الوفاء بالالتزام مطلوب والنكول عنه محظور .

فاذا بان لنا ذلك ثم عرض ظرف طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا يصيب المدين بخسارة فادحة يتمنى الافلات منها ولو بجدع أنفه لعلمنا أننا ازاء ضرورة تبيح اتيان المحظور وهو الخروج على مقتضى العقد لتفادى هذا الضرر حتى لو بلغ الأمر حد الفسخ .

وعلى هذا فاذا كان من المحظور الخروج على مقتضى عقد الاجارة فان العذر ضرورة تبيح اتيان المحظور . وكذلك الأمر بالنسبة لحالة تقلب قيمة النقود .

ثالثا : قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف : ــ

لو فرض أن شخصا أبرم عقد ايجار لسكنى عين معينة لاعتقاده بصدور قرار بنقله الى البلدة التى استأجر فيها تلك الدار الا أنه تبين عدم صحة اعتقاده أو كان صحيحا ولكن ألغى قرار النقل فلاشك أن فى الاصرار على استمرار عقد الايجار برغم ظهور المبرر لفسخه يعنى الحاق ضرر شديد بالمستأجر لايوازيه الضرر الذى سيحيق بالمؤجر نتيجة فسخ العقد . وفى

---

٢٧٨ ــ تفسير القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ المجلد الثالث ــ ص ٢١٣٢ ــ الناشر دار الغد العربى .

هذه الحالة يجب ازالة الضرر الأشد بالضرر الأخف لأن صاحب الدار المؤجرة سيجد حتما من يستأجرها منه أما المستأجر المعذور فان فى الابقاء على اجارته استنزاف لموارده من غير منفعه تقابل هذا الاستنزاف وكذلك الحال بالنسبة لتقلب قيمة النقود ٠

رابعا : ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها :ـ

تعد هذه القاعدة السياج الآمن الذى يجب ان يسود حكم الطوارئ ٠

فاذا كانت الضرورة (الظرف الطارئ) سببا لاباحة المحظور وهو الخروج على مقتضى العقد فيجب أن يكون هذا الخروج بقدر دفع الضرورة فقط ٠

فمثلا فى حالة العذر الذى يطرأ للمستاجر اذا كان هذا العذر يرجى زواله فى القريب من غير الحاق ضرر بطرفى العقد فيجب ارجاء التنفيذ وعدم فسخ العقد ٠

فلو أن شخصا استأجر دابة ثم عرض لها مرض أقعدها قرابة الأسبوع مثلا وكان لايتضرر من التأخير فلا تنفسخ الاجارة وتنفذ عقب براءة الدابة من مرضها ٠

كذلك اذا كانت الاجارة على دابة وعبد ثم أبق الأخير فيفسخ العقد بالنسبة للآبق ويبقى بالنسبة للدابة طالما أنه لا ارتباط بين استئجار الاثنين حتى ولو شملهما عقد واحد كأن يكون العبد مطلوبا لادارة طاحونة والدابة مستأجرة لمهمة معينة ٠

وأيضا فى حالة تقلب قيمة النقود لو كان التزام الشخص منجما وحلت

بعض الأقساط فى وقت تقلبت فيه قيمة النقود المتفق على الوفاء بها فـــان معالجة مثل هذا الأمر يقتصر على ما حل من الأقساط دون نظر لما لـــم يحل بعد فقد تنفرج وقتها الأزمة وحينئذ يجب الوفاء بالوضع المتفق عليـــه فى العقد وفى هذا شبه كبير ــ على ما سنرى ــ بالنسبة للحلول التى نأخذ بها فى ظل التقنين المدنى المصرى الجديد ٠

المطلب الثانى
امتناع أكل أموال الناس
بالباطل

المظهر الثانى لمعالجة أثرالظرف الطارئ فى الشريعة الاسلامية هو وضع الجوائح . أى معالجة أثرها والانقاص من الثمن فى مقابل ما أجيح .

والجائحة هى مايصيب الثمر والبقول من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن وكذلك العطش الذى يودى بحياة النبات وكذلك يعد فعل الآدمى على الأصح جائحة كالجيش الجرار أو اللص بسرقته للثمار والبقل لأن فيه انقاص للكمية المباعة . (٢٧٩)

وتأخذ مسألة وضع الجائحة الصورة الآتية : ـ شخص يمتلك بستانا فيبيع ثمره أو بقله الى شخص آخر ولكن قبل القبض تنزل جائحة تأتى على ثمر الحائط أو بقله كله أو بعضه . حينئذ يثور التساؤل : هل يمكن انقاص الثمن بما يوازى ما أخذته الجائحة أم تقع تبعتها على المشترى ؟

لو قلنا بتبعية الجائحة على المشترى لكان معنى ذلك أنه يكون قد دفع ألفا من الجنيهات مثلا وأخذ من الثمار أو البقل مايوازى خمسمائه أوقد لا يحصل على شئ بالمرة مع أنه لم يتمكن من قبض الثمرة بل كانت على ذمة البائع طوال هذه المدة لأن عادة الناس قد جرت على حجز ثمار البستان أو بقله وهو مازال فى تباشيره الأولى بان يبرموا عقود بيع ولا يقبضوا الا اذا طاب الثمر وحل أوان جذاذه والفترة مابين ابرام العقد وتمام القبض يكون

---

٢٧٩ ـ بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٥٤ .

المبيع فيهاعلى ذمة البائع يرعاه وينضجه ثم يمكن المشترى منه فاذا أصابته جائحة في هذه الفترة كانت من ضمان البائع وعليه انقاص الثمن بما يوازى قيمة الهالك أورده بالكامل اذا أتت الجائحة على الثمر بكامله والقول بغير ذلك يعد أكلا لأموال الناس بالباطل ٠

وأساس هذا الحل يوجد في الحديث الشريف عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠ فعن ابن جريج أن أبا الزبير أخبره عن جابر ابن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق " . (٢٨٠)

والأصل في كل هذا أن البائع بابرامه عقد بيع الثمار أو البقل قبل تمام النضج يجعل تبعة الهلاك مازالت عليه لأن محل العقد بيع ثمار ناضجة فعليه تقع مهمة مراعاتها حتى تمام الانضاج وقبل ذلك فالعقد لم ينفذ فاذا أتت جائحة وأهلكت كل الثمر أو بعضه فهي من ضمان البائع ٠

أما اذا كانت الثمار ناضجة وقام البائع بتسليم البستان للمشترى ليقوم بجنيها ثم أجيحت فهي من ضمان المشترى لتمكنه من القبض على تفصيل سنراه في موضعه ٠

ولما كان هذا الوضع — بيع الثمار قبل نضجها — قد ينشئ نوعا من التنازع بين المتعاقدين اذ البائع يريد أن يتفادى تبعة الجائحة فيدعى أن ابرام عقد بيع الثمار يعد بمنزلة قبضها ولذا يتحمل المشترى تبعة الهلاك ٠

---

٢٨٠ — صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢١٦ — باب وضع الجوائح ٠

والمشترى يرى أن العقد انصب على ثمار ناضجة وقبل ذلك تكون تبعة هلاكها على البائع لأنه الموكول اليه رعايتها حتى تمام النضج وهكذا تترى محاولات كل منهما بقصد ازاحة التبعة عن نفسه مما قد يوقع فى المفاسد ودرؤها أولى من جلب المصالح ٠

لكل ذلك أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قطع هذا التنازع فعن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى قالوا : وماتزهى ؟ قال تحمر فقال : اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك؟ (٢٨١)

وبذلك تكون معالجة أثر الجائحة هى من باب امتناع أكل أموال الناس بالباطل والذى ورد النهى عنه فى قوله سبحانه وتعالى : " ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل ". (٢٨٢)

والخطاب فى الآية يشمل جميع أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم والمراد منه عدم جواز أن يأكل بعضهم مال بعض بغير حق ومن مظاهر ذلك جحد الحقوق ومالا تطيب به نفس مالكه ٠

وجدير بالذكر أن أكل المال بالباطل لايحله أو يصححه قضاء القاضى لأنه انما يحكم بالظاهر دليل ذلك مارواه الأئمة عن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما أسمع فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من نار " ٠

---

٢٨١ ـ صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢١٧ باب وضع الجوائح ٠

٢٨٢ ـ سورة البقرة آية (١٨٨) ٠

ولقد اتفق أهل السنة على أن من أخذ مال غيره بالباطل يعد فاسقا وأنه (٢٨٣) محرم عليه أخذه. (٢٨٤)

الا أن الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم عن مقدار الحد الأدنى من المال الذى يعد المرء عنده فاسقا وذلك على أربعة أقوال : ـ

(١) يرى بشر ابن المعتمر ومن تابعه من المعتزله أن المكلف يفسق بأخذ مائتى درهم ولا يفسق بدون ذلك.

(٢) يرى ابن الجبائى أن المكلف يفسق بأخذ عشرة دراهم فما فوقها.

(٣) يرى ابن الهزيل أن المرء يفسق بأخذ خمسة دراهم.

(٤) يرى بعض قدرية البصرة بأنه يفسق بأخذ درهم فما فوق.

الا أن هذه الآراء جميعا مردودة ولا يعتد بها لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : " ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام ". (٢٨٥)

ومعنى ذلك أنه لايحل أى قدر من المال مهما قلت قيمته بمعنى أن الانسان يجب عليه أن يراعى فى معاملاته أن يأخذ على قدر مايعطى والفضل ربا لا يقابله انتفاع مما يعد أكلا لأموال الناس بالباطل.

---

٢٨٣ ـ تفسير القرطبى ـ المرجع السابق ـ المجلد الأول ص٢٨٩ .

٢٨٤ ـ الفسق أصله فى كلام العرب الخروج عن الشئ يقال فسقت الرطبة اذا خرجت عن قشرها فيكون المراد بفسق الرجل خروجه عن مبادئ دينه وماتقضى به ضرورة الأمانه فى المعاملة وتحرى الحلال فى الرزق وأكل المال ـ المرجع السابق نفس الموضع.

٢٨٥ ـ القرطبى ـ المجلد الأول ص ٨٢٢ ، ٨٢٣ .

المطلب الثالث
امتناع الحرمة

تكلمنا في البداية عن أن العذر سبب من أسباب ثبوت الخيار لمن قام العذر في جانبه بمقتضاه يجوز له طلب فسخ العقد أو الابقاء عليه ٠

وقلنا كذلك أن هناك من الأعذار ما يؤدى الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى طلب ذلك من المتعاقد الذى قام العذر فى جانبه أو تنبيه للطرف الآخر وضربنا لذلك مثلا بمن استؤجرت لكنس مسجد ثم حاضت فتنفسخ الاجارة دون حاجة للبحث عن ثبوت الخيار من عدمه والعلة من ذلك أن دخول الحائض المسجد حرام بل ان الصلاة تسقط عنها أيام الحيض وان أدتها تأثم شرعا ٠ فالمسألة اذا لا تتوقف على تقدير المتعاقد وان أردنا أن نقرب ذلك الى مايشبهه فى القانون الوضعى نقول أنها تقارب مايسمى بالنظام العام وهو مايعنى أن المسألة المتعلقة به تكون أكثر مساسا بالكيان السياسى والاقتصادى والاجتماعى للدولة ٠

فكذلك انفساخ العقد لعذر شرعى اكثر مساسا بالبنيان التكليفى للاسلام فلا مجال فيه للاجتهاد أو الاختيار ٠

وأحيانا يتوافر العذر الشرعى ولا تنفسخ الاجارة الا بابداء ذلك العذر من جانب المتضرر كما فى حالة من استأجر طبيبا لقلع سن مؤلمة أو بتر يد مصابة بداء الأكلة اذا سكن الألم أو برئت اليد أو بداله تحمل الألم أو المرض فيكون ذلك بمثابة عذر تنفسخ به الاجارة لأن الانسان مأمور بالمحافظة على أعضاء جسده وعدم التفريط فيها ٠

والعذر الشرعى الذى تنفسخ به الاجاره — وأظهره فى مسألة الحائض

المستأجره لكنس المسجد ـ يعبر عنه بأن الحق فيه متعلق بالله سبحانه وتعالى .

ويقصد بحق الله تعالى " النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ". (٢٨٦)

وبعبارة أخرى فان حق الله تعالى ليس للعبد اسقاطه بينما حق العبد هو ماله اسقاطه . (٢٨٧)

وحقوق الله تعالى قد يكون فيها مايحقق مصلحة خاصة لمن يقوم بها وان كان القصد منها تحقيق المصلحة العامة للمجتمع كتحريم الزنا لتحصيل النفع المتمثل فى سلامة الأنساب وصيانة الفراش.

ونسبة الحق الى الله سبحانه وتعالى يقصد بها الاعلاء من شأن هذا الحق وأن يحرص الناس عليه دون اهمال أو تقصير ولذلك لا تسقط هذه الحقوق باسقاط العباد لها فلو أن المرأة الحائض لم تفسخ الاجارة واستمرت فى العمل رغم كونها حائضا فان ذلك لايؤثر فى كون العقد منفسخا مع حرمة دخولها المسجد بوصفها هذا .

وكذلك يمكن القول بأن العفو عن القصاص عذر شرعى تنفسخ به الاجاره فلو استأجر ولى الدم شخصا ينفذ له القصاص من القاتل وبدا له أن يعفو عن الأخير فذلك عذر شرعى لأن الله سبحانه وتعالى يقول فى آية القصاص : " فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان "(٢٨٨)

---

٢٨٦ ـ د. محمد يوسف موسى ـ الفقه الاسلامى مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه طبعة سنة ١٩٥٨ ص ٢١٢ . ٢٨٧ ـ الفروق للقرافى جـ ١ ص ١٨٠ .

٢٨٨ ـ سورة البقرة آية (١٧٨) .

والولى اذا رضى بالدية فقد لزمه ذلك ولاخيار للقاتل بل عليه أن يؤديها اليه باحسان ۰ (٢٨٩)

كذلك الحال مع من ظن أن بيده مرضا يستحيل برؤه فتعاقد مع طبيب لبترها ثم برئت فلا يجوز انفاذ العقد لأنه سيترتب عليه بتر عضو صالح من الجسد وقد أمرنا بعدم الاقدام على مثل هذا العمل حتى يقوم الجسم بمهامه خير قيام فى النواحى الدينيه والدنيوية ۰ يؤكد ذلك قوله تعالى : " ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " ۰ (٢٩٠) فكان امتناع التهلكة عذرا يبيح فسخ الاجارة وهو عذر شرعى لأن سببه الامتثال لأوامر الشارع عز وجل ۰

وقد ورد بكتب الفقه الاسلامى : " نعم التعذر الشرعى يوجب الانفساخ كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه وامكان عوده لا أثر له خلاف الأصل "(٢٩١)

وكذلك : " وان برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لأن قلعه لا يجوز وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر عن قلعه لم يجبر عليه لأن اتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل وانما أبيح اذا صار بقاؤه ضررا وذلك مفوض الى كل انسان فى نفسه اذا كان أهلا لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة ۰ (٢٩٢)

وورد بها أيضا : " وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا كسكون ألم السن المستأجر على قلعها او عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه "۰ (٢٩٣)

---

٢٨٩ ــ القرطبى ــ المجلد الأول ص٧٣٩ ــ ٧٤٠ ۰

٢٩٠ ــ سورة البقرة آية (١٩٥) ۰

٢٩١ ــ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ ٥ ص٣١٢ ۰

٢٩٢ ــ المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٤٩٥ ۰

٢٩٣ ــ الحطاب جـ ٥ ص٤٣٣ ۰

وكذلك : " وان استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع أو ليكحل عينه فبرئت أو ليقتص له فعفا عن القصاص انفسخ العقد ". (٢٩٤)

وهكذا نجد من أمثلة الأعذار السابقة أن حق الله تعالى فيها غالب وقد يكون خالصا كما فى مسألة الحائض ولذلك كان المضى فى موجب العقد رغم العذر اتيان للحرمة ولا يشفع فى ذلك موافقة كلا العاقدين الاستمرار فى تنفيذ العقد لأن حقهما فيه ليس خالصا بل تعلق به حق الله تعالى .

وذلك عكس ما اذا كان الشخص مستأجرا دابة ولكنها مرضت فرضي بالمضى فى الاجارة وعدم فسخها واستبدل بالدابة عبدا مثلا أو أبرأ ذمة المؤجر من مقابل استخدام الدابة التى لم يستخدمها واعتبر هذا المقابل هبة للمؤجر أو صدقة له فكل ذلك مقبول لأن حق المستأجر فى هذا النوع من الاجارة خالص وله اسقاطه والتنازل عنه من غير اثم يترتب فى جانبه .

ولقد أمرنا الله سبحانه وتعالى بالامتثال الى أوامره فى قوله تعالى :
" وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة وذلك دين القيمة ". (٢٩٥)

---

٢٩٤ ــ المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٤٠٦

٢٩٥ ــ سورة البينة آية (٥) .

الفصل الثانى

نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ان تحديد نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة يبدو على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة سواء فى مجال الشريعة الاسلامية أو القانون الوضعى اذ هو بمثابة الضوابط التى تلتقى عندها أمور كثيرة تتجمع لتفرز لنا كيانا مستقلا للنظرية مرسومة حدوده بدقة بالغة تجعل منها علما متفردا بين سائر النظريات الأخرى مما يسهل عملية انزال أحكامها على مايدخل تحت هذا النطاق ويمنع بالتالى من اختلاطها بالنظريات الأخرى٠

فاذا كان الأمر كذلك فيجب علينا تناول نطاق النظرية سواء فى القانون المدنى أو فى الشريعة الاسلامية وذلك فى مبحثين على النحو الآتى : —

المبحث الأول : نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى٠

المبحث الثانى : نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الشريعة الاسلامية٠

المبحث الأول
نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة
في القانون المدنى

المقصود بنطاق نظرية الظروف الطارئة هو وضع السياج أو الحدود التى تحتوى بداخلها على ضوابط النظرية بطريقة تجمع شتاتها وتمنع من اختلاط النظم المشابهة لها ٠

وتحديد هذا النطاق لا يتأتى الا باستعراض المفترضات التى يثيرها تطبيق النظرية حتى يمكننا الالمام بمفردات ذلك النطاق ٠ ولنستهل ذلك بعرض نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على النحو الأتى : " ٢ ـ ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " ٠

فمن مطالعة الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر نستطيع الوقوف على حقيقة هامة وهى ان المفترض الأول لنظرية الظروف الطارئة هو الالتزام التعاقدى ٠ ومفهوم المخالفة لذلك أن حكم النظرية يستبعد خارج هذا النطاق فلا مجال لاعماله فى مرحلة تكوين العقد ٠

والمفترض الثانى لهذا النص (م١٤٧/٢) هو الظرف الطارئ والذى عبرت عنه مادة النص بأنه الحوادث الاستثنائية العامة ٠

واذا كان الالتزام التعاقدى هو المفترض الأول لنطاق تطبيق نظرية

الظروف الطارئة فانه يثير عدة تساؤلات. (٢٩٦)

يثور التساؤل الأول بصدد طبيعة الالتزام التعاقدى وهل يقصد به أن يكون متراخيا أم يشمل كذلك الالتزامات الفورية؟ ومصدر هذا التساؤل يكمن فى أنه يبدو للوهلة الأولى أن العقد المتراخي هو التربة الصالحة لاعمال أحكام الظرف الطارئ حيث يكون هناك متسع زمنى بين الانعقاد وتمام تنفيذ العقد بما يتيح المجال لانتاج الظرف الطارئ لأثره.

الا أن هذا البادئ للوهلة الأولى لا يثنينا عن التعرض للعقود الفورية.

ويثور التساؤل الثانى بصدد مدى الأداء فى العقد حيث انه ليس على وتيرة واحدة فى كل العقود فمنها ماهو محدد أى يعلم كل متعاقد فيها مقدار ما سيأخذه وما سيعطيه مقدما ويسمى بالعقد المحدد.

ومنها ماهو احتمالى لايعلم كلا المتعاقدين وقت ابرام العقد مقدار ما سيعطيه وما سيأخذه. فهل تطبق النظرية على كلا النوعين أم أنها تكون مقصورة على العقود المحددة فقط؟ واذا كان يمكن تطبيقها على هذين النوعين فهل يكون ذلك بدرجة واحدة أم أنه يوجد تفاوت فى التطبيق بحسب طبيعة العقد؟.

---

٢٩٦ ــ برغم أنى قد حددت الشطر الأول من نطاق النظرية بالالتزام التعاقدى الا أنى عند تناول الموضوع سأتكلم بلفظ العقد وهذا لايغير ــ فنيا ــ من الأمر شيئا فضلا عن أن فيه محاكاة تقليدية لما درج عليه الفقه.

كذلك يوجد العقد الملزم لجانب واحد وذلك الملزم للجانبين والأول يكون فيه أحد المتعاقدين دائنا غير مدين والآخر مدين غير دائن ٠

فاذا كان العقد الملزم للجانبين لا خلاف على صلاحيته كميدان خصب تطبق عليه أحكام النظرية فهل تنسحب تلك الأحكام لتشمل العقد الملزم لجانب واحد أم لا ؟ ٠

ويجرنا هذا التساؤل كذلك الى اثارة تساؤلين على جانب كبير من الأهمية يدور أولهما حول مدى اعمال أحكام النظرية محل الدراسة على بعض من العقود الأخرى التى لها طبيعة خاصة وهى : الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون والبيع بالتقسيط أو البيع الايجارى والعقود الجبرية والعقود التى محل الأداء فيها مبلغ من النقود والبيع المتوقف على أمر يتطلبه القانون والبيع بالعينة والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق والبيع بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس٠

ويدور التساؤل الثانى حول العقود المقترنة بوصف يرد على الرابطة العقدية فى حد ذاتها ونعنى بذلك العقد المعلق على شرط أو المضاف الى أجل فما مدى حظ كل عقد مما سبق بالنسبة لتطبيق أحكام الظروف الطارئة عليه؟ ٠

فاذا ما فرغنا من معالجة الالتزام التعاقدى على النحو السالف فاننا نتيمن شطر المفترض الثانى لنطاق تطبيق النظرية وهو الظرف الطارئ ٠

والحديث عن الظرف الطارئ يثير لنا عدة تساؤلات هامة وأولها خاص بماهية هذا الظرف أو بمعنى أدق تحديد طبيعته فاذا انتهينا من ذلك برز تساؤل آخر يتعلق بأوصاف هذا الظرف والتى تنحصر بحسب ما ورد

بالمادة (٢/١٤٧) فى ثلاثة هى الاستثنائية والعمومية وعدم التوقـــع وتلك هى الأوصاف المتعلقة بالظرف الطارئ فى ذاته وهى تمثل الشـــق الأول من هذه الأوصاف اذ ثمة شق ثانى منها يتصل بالمدين وأعنى بذلـــك عدم التوقع وعدم الارادية وعدم القدرة على الدفع .

وبما أن لكل حدث أثره فنجد لزاما التعرض لأثر الظرف الطارئ أو الصفة التى يتصف بها الالتزام المتأثر بهذا الظرف وأعنى بذلك الارهاق الذى يهدد المديـــــن بخسارة فادحة ان هو أقدم على تنفيذ التزامه فى ظل الظروف القائمة .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين : ـ

المطلب الأول : الالتزام التعاقـدى .

المطلب الثانى : الظرف الطـــارئ .

المطلب الأول
الالتزام التعاقدى

يعد الالتزام التعاقدى الشطر الأول من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة وقد سبق لنا التعرض لعدة تساؤلات دارت حول مدلول هـــذا الالتزام التعاقدى من خلال مفهوم النظرية محل الدراسة ·

ونتيجة لهذه التساؤلات ومحاولة منا لوضع الاجابة المناسبة لها فاننا نقسم هذا المطلب الى الأفرع الآتية : ــ

الفرع الأول : العقد الفورى والعقد الزمنى ·

الفرع الثانى : العقد المحدد والعقد الاحتمالى ·

الفرع الثالث : العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين ·

الفرع الرابع : الوعد بالتعاقد ·

الفرع الخامس : التعاقد بالعربون ·

الفرع السادس : البيع بالتقسيط أو البيع الايجارى ·

الفرع السابع : العقود الجبرية ·

الفرع الثامن : العقود التى محل الأداء فيها مبلغ من النقود ·

الفرع التاسع : البيع المتوقف على أمر يتطلبه القانون ·

الفرع العاشر : بعض البيوع التى يستغرق التعاقد فيها بعض الوقت ·

الفرع الحادى عشر : العقد الموصوف ·

الفرع الأول
العقد الزمنى والعقد الفورى

يكاد يجمع فقه القانون المدنى على اشتراط التراخى صفة فى العقد الذى تطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة بعلة أن مرور فترة زمنية بين ابرام العقد والبدء فى تنفيذه يسمح للظروف الطارئة بأن تعمل آثارها فى التأثير على اقتصاديات العقد مما يفسح المجال لأحكام تلك النظرية لمعالجة مراكز المتعاقدين على ضوء تلك الآثار. وهذا اتجاه فى حد ذاته يفرض علينا التعرض لتقسيم العقود من حيث طبيعتها الى عقود فورية وأخرى تسمى بعقود المدة أو العقود الزمنية ومن خلال هذا العرض والذى لن نتعرض فيه للتفاصيل الا بما يفى بالغرض الذى نحن بصدده من خلال ذلك سوف تتبين لنا الأمور جلية على بساط البحث مما ينير لنا الطريق من أجل الوصول الى حل منطقى سليم.

أولا : العقد الزمنى : ـ

العقد الزمنى أو المستمر هو العقد الذى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد وذلك لأن هناك أشياء لا يمكن تصورها الا مقترنه بالزمن كالمنفعه فى عقد الايجار مثلا والتى لا يمكن تقديرها الا بمدة معينة. (٢٩٧)

---

٢٩٧ ـ لمزيد من التفصيل انظر: د. السنهورى ـ المرجع السابق ص٦٢٠، د. سليمان مرقس المرجع السابق ص٤٢، د. عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٧٣، د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص٦٧، د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٦٥ د. احمد سلامة ـ مذكرات فى نظرية الالتزام طبعة ١٩٧٨ ص٧١، د. عبد الحى حجازى المرجع السابق ص٣٥٠.

ويطلق على هذا العقد مسميات مختلفة كعقد المدة أو العقد ذو التنفيذ المستمر وكل هذه المسميات تفيد معنى واحد وهو أن الزمن عنصر جوهرى فى العقد ولايمكن النظر اليه الا من خلال هذا العنصر .

والعقود ذات التنفيذ الممتد تنصب على نوعين من الأداءات : ـ (٢٩٨)

الأول : الأداءات المستمرة : ـ

وهى أداءات لا تتصور بغير فكرة المدة وهى كما سبق أن أوضحنا فى العقود التى ترد على المنفعة كعقد الايجار فالمؤجر لا يستطيع أن يقدم مثلا للمستأجر كيلو جرام من الانتفاع وانما يقدم له شهرا منه لأن المنفعة هنا شئ معنوى وحقيقة زمانية لاتقاس ولا تحدث الا فى الزمان فالمدة بالنسبة للانتفاع تؤدى نفس الوظيفة التى تؤديها الأوزان والأطوال بالنسبة للأشياء التى لها طبيعة مكانية .

خلاصة القول أن المدة هنا مقصودة لذاتها وليست مجرد عنصر عرضى وذلك لحتمية استمرار الأداءات التى يجب أن تؤدى فى كل لحظة طوال المدة المتفق عليها دون انقطاع .

الثانى : الأداءات الدورية : ـ

والأداءات هنا لاتتحدد وفقا للمدة وبالتالى لاتكون مستمرة التنفيذ مما يعنى ان هذه الأداءات يمكن تنفيذها فورا ولكن تكرارها مدة من الزمان يأتى نتيجة اتفاق المتعاقدين على ذلك لاشباع حاجة متكررة على مر الأيام

٢٩٨ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٣٥١ .

وبالتالى تصبح هذه الأداءات دورية ويعتبر العقد المنشىء لها عقدا دوريا كعقد التوريد .

وعقد المدة قد تحدد له مدة معينة كما اذا عين المتعاقدان وقت التعاقد التاريخ الذى ينتهى فيه أثر العقد ويسمى بالعقد المحدود المدة ويقابله العقد غير محدود المدة .

ثانيا : العقد ذو التنفيذ الفورى : ـ

العقد الفورى على عكس عقد المدة أو العقد الزمنى المتراخي لا يعد الزمن عنصرا جوهريا فيه وبعبارة أخرى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصرا داخلا فى تعيين محله ولو كان له دخل فى تعيين أجل تنفيذه .(٢٩٩)

فالأصل فى عقد البيع انه عقد فورى لأن محله المبيع والثمن وهما لا دخل للزمن فى تعيينهما وانما يعين المبيع بأوصافه الذاتية ويعين الثمن بمقدار من النقود ويظل عقد البيع فوريا ولو قسم أداء الثمن على فترات زمنية(٣٠٠) أى ولو كان بيعا بالتقسيط لأن الزمن فى هذه الحالة لا يعتبر عاملا فى تحديد كم الالتزام أو قياس مقداره ولا يؤثر طوله أو قصره على هذا المقدار فالزمن فى مثل هذا العقد وسيلة لتنظيم الوفاء بالثمن فقط .

وعلى ذلك فتدخل الزمن فى هذه العقود يكون له وصف عرضي وهو بهذا الوصف يتدخل باحدى صورتين ؛ (٣٠١)

---

٢٩٩ ـ د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٤١ .

٣٠٠ ـ د. جميل الشرقاوى ـ النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ص ٦٦ .

٣٠١ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٣٤٩ .

ـ الأولـى : ـ

وفيها يتدخل الزمن بارادة المتعاقدين كالاتفاق على تأجيل تنفيـذ العقد الى وقت لاحق ويسمى الأجل (le terme) هنـا بالأجـل الواقف (terme suspensif)وقد تتعدد الآجال مما يباعد بـين وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه ولكن يظل التنفيذ فوريا رغم أنه مؤجل حتى ولو حصل تنفيذ الأداء على فترات كالاتفاق على تسليم مائة اردب من القمح على خمس دفعات ويسمى العقد فى هذه الحالى بالعقـد المنجـم التنفيذ (contrat à éxécution fractionnée)

ـ الثانيـة : ـ

وفى هذه الصورة يتدخل الزمن رغم ارادة المتعاقدين وذلك عندمـا يقصدان الى الحصول على نتيجة نهائية يقتضى اعدادها استمرار نشـاط المدين مدة من الزمان ٠

مثال ذلك أن يتفق النجار مع احد العملاء على أن يصنع له دولابـا فصنع الدولاب يستغرق زمنا لا يقصده المتعاقدان لأنه غير ذى فائدة لهمـا بل هو وسيلة لتحقيق غاية ليس الا ٠

وبذلك نكون قد فرغنا من التفرقة بين عقد المدة والعقد الفورى وعلمنـا أن الفرق بينهما يكمن فى عنصر الزمن اذ هو الأساس فى النوع الأول وليـس كذلك فى الثانى فاذا علمنا أن نظرية الظروف الطارئة تفترض لانطباقها مرور فترة زمنية بين ابرام العقد وتنفيذه لاستطعنا أن نفهم المغزى الذى مـن أجله يكاد يجمع الفقه على اشتراط التراضى صفة فى العقد المراد تطبيـق أحكام النظرية عليه بحسبان أن العقود الفورية عادة ماتبرم وتنفذ فورا أو

بعد فترة زمنية قصيرة قلما تثير اشكالات حول التنفيذ أو فترة لا تسمح لآثار الظرف الطارئ ان تؤثر فى مجريات العقد .

وفى الواقع فان شرط التراخى لم يكن من صنع الفقه الحديث بل نودى به منذ أمد بعيد فهو قد ولد مصاحبا لميلاد نظرية الظروف الطارئة ذاتها فهذا هو القانون الكنسى الذى خرج لأول مرة عما كان سائدا فى القانون الرومانى وأقر المبدأ الذى يبيح تعديل العقد اذا تغيرت الظروف التى تم فيها التعاقد على اساس وجود شرط ضمنى يقضى بضرورة تعديل احكامه اذا تغيرت الظروف التى أنشئ فيها العقد مما يعنى أننا بصدد عقد أبرم فى وقت ويراد تنفيذه فى وقت لاحق لابرامه وفى الفترة مابين الوقتين وقع الظرف الطارئ . (٣٠٢)

وقد ردد الكاردينال مانتيكا فقيه القانون الايطالى شرط التراخى فهو اذ يرى فسخ العقد أوتعديله نتيجة نشوء غبن فاحش بسبب حدوث ظرف طارئ غير متوقع انما يشترط لذلك أن يتضمن العقد أداءات متتابعة أويكون تنفيذه مرجأ الى المستقبل (*au temps à venir*)وكذلك الأمر بالنسبة للفقيه دى لوكا فقد اشترط هو الآخر أن يكون العقد من العقود المستمرة أو من العقود المتراخيه التنفيذ . (٣٠٣)

فهذه النظرية اذا قد ارتبطت فى نشأتها بالعقود المتراخيه ابان كان يطلق عليها شرط عدم تغير الظروف (*clause rebus sic stantibus*) أى أن العقود التى لها طابع التعاقب وتناط بالمستقبل تنطوى على شرط

---

٣٠٢ ـ د. صوفى حسن أبو طالب ـ المرجع السابق ص ٢٥٠ .

٣٠٣ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٦٣ ـ ١٦٤ .

عدم تغير الظروف. (٣٠٤)

وكذلك ربطت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها فى ١٨٢١/٤/١١ بين تراضى التنفيذ وتطبيق أحكام الظروف الطارئة فقد رفضت تطبيق حكم النظرية على عقد لأنه لم يكن يتضمن أداءات متتابعه. (٣٠٥)

وتجدر الاشارة الى أن العقود المتراخية تشمل عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ كعقد البيع الذى تاجل فيه تسليم المبيع أو أداء الثمن لفترة لاحقه لابرام العقد. كذلك لايشترط أن يتسم أداء الطرفين بالتراخى اذ يكفى فى ذلك أن يكون أحد الأداءين متراخيا اذ العبرة فى التنفيذ تكون بالنسبة للالتزام الذى أضحى مرهقا بسبب الظروف الطارئة. (٣٠٦)

واذا كان الأمر كذلك بالنسبة لمعظم اتجاهات الفقه وهو اشتراط التراخى صفة فى العقد المراد تطبيق أحكام النظرية عليه الا أن هذا الأمر ليس على وتيرة واحدة بالنسبة لمجموع الفقه فهناك من تطلب اشتراط كون العقد من عقود المدة فقط ومنهم من أضاف لذلك العقود الفورية المؤجلة التنفيذ بل ان هناك من ارتأى امكان تطبيق النظرية ولو لم يكن

---

٣٠٤ — وكان يعبر عن ذلك باللاتينية : —

" contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur " .

مشار اليه د. عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٥٨ .

٣٠٥ — cass. civ 11 avril 1821.S. 1821-1-1254.

٣٠٦ — د. احمد سلامة المرجع السابق ص١٦١ ، د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص٤٠٦ .

هناك فاصل زمنى بين ابرام العقد وتنفيذه وأخيرا هناك رأى ينادى بجواز تطبيق النظرية حتى ولو وقع الظرف الطارئ فى وقت سابق لابرام العقد وأمام تنوع الاتجاهات نجد لزاما علينا استعراضها جميعا للوقوف على مدى سلامة كل مذهب من تلك المذاهب الأربعة ثم أتبع ذلك ببيان رأينا فى هذه المسألة .

ولكن قبل استعراض هذه المذاهب لابد من اظهار موقف المشرع المصرى من هذه المسألة فلقد نصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على الآتى : " ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ..... "

من خلال هذا النص نلمح اغفال المشرع المصرى لشرط التراخى عن اختيار تام اذ أنه فى هذا الخصوص كان أمامه طريقان (٣٠٧) الأول الطريق الذى سلكه الشارع البولونى فى المادة (٢٦٩) حيث لم يتناول تعدادا للعقود التى تطبق عليها النظرية بل أورد عبارة العقد عامة من غير تخصيص بقولها : " .... فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة .... " ويلاحظ أن كلمة الالتزام وردت عامة من غير تخصيص مما يفتح المجال للاجتهاد .

أما الطريق الثانى فهو أن يحذو حذو المشرع الايطالى فى المادة (١٤٦٧) والتى عدد فيها العقود التى تكون محلا لتطبيق أحكام النظرية اذ جاءت عبارة النص على النحو الآتى : " فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا .... " وبذلك يكون قد قطع دابر الخلاف حول هذه النقطة .

٣٠٧ ـ د . عبد المنعم فرج الصده ـ المرجع السابق ص ٣٣٥ .

ولقد آثر المشرع المصرى السكوت عن بيان العقود التى تنطبق عليهـــا النظرية محتذيا فى ذلك حذو المشرع البولونى ٠ (٣٠٨)

ومافعله المشرع الايطالى بحصره لطوائف العقود التى تطبق عليهـــا النظرية انما يتفق مع معظم ما اتجه اليه الفقه كما سنرى باستثناء العقـــود الفورية التى لم يؤجل تنفيذها بمعنى أنها تنفذ دفعة واحدة ثم يحـــدث الظرف الطارئ بعد ابرام العقد مباشرة وقبل تنفيذه مما يعنى أن المشرع الايطالى قد أخذ بالغالب الأعم لا بالنادر الأخص وان كان الأخير يجـــب أن يحظى بالاهتمام لتعلق حقوق الأفراد به عند حدوثه ٠

وعلى ضوء مقارنة النصوص التشريعية فى البلدان المختلفة نحاول مناقشة المذاهب السابق بيانها والتى تنحصر فى أربعة مذاهب نستعرضها مـــع بيان المذهب الذى نتبناه ٠

---

٣٠٨ ــ د٠ السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٦٦ ٠

المذهب الأول (الضيق)

نقطة البداية لدى هذا المذهب أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق الا على عقود المدة فقط وهى المعروفة بالعقود المستمرة كعقد الايجار والعقود الدورية التنفيذ كعقد التوريد . (٣٠٩)

ويحتج أنصار هذا المذهب بالآتى : ـ

ـ أولا : ـ

يجب عدم الاسراف فى التوسع فى تفسير نص المادة ١٤٧ / ٢ مدنى لما ينطوى عليه الاسراف من خطورة بالغة تهدد المعاملات وتنشر فى جوها نوعا من القلقلة وعدم الاستقرار خاصة أن نص تلك المادة استثناء من المبدأ العام وهو لزوم العقد مما يستلزم حصره فى أضيق نطاق والدليل على ذلك أن التشريع الفرنسى لم يأخذ بهذه النظرية حتى الآن .

---

٣٠٩ ـ د. محمد على عرفة ـ شرح قانون الاصلاح الزراعى ـ طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ ص ٤٦ ومابعدها ، حنفى محمد غالى ـ المستشار المساعد بادارة قضايا الحكومة ـ نظرية الظروف الطارئة ومدى انطباقها على عقود بيع أملاك الحكومة المبرمة فى خلال السنوات ١٩٥٠ ، ١٩٥١ ، ١٩٥٢ ـ تعليق على الحكم الصادر فى ٣٠/٥/١٩٥٧ فى القضية رقم ٨٠٨ لسنة ١٩٥٥ مدنى كلى القاهرة ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الثانية ـ العدد (٣) ـ يوليو ـ سبتمبر سنة ١٩٥٨ من ص ١٢٨ ـ ١٣٧ .

مؤثرا ــ هو وغيره من التشريعات كالألماني ــ هذا المبدأ وهو مايعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو نفس المبدأ الذى تبناه المشرع المصرى على الرغم من أخذه بنظرية الظروف الطارئة لينضم بذلك الى جوار التشريعين الايطالى والبولونى ٠

ــ ثانيا : ــ

أن كتب الفقه جميعا تقصر تطبيق النظرية على عقود المدة فقط وذلك باشتراطها كون العقد الذى تطبق عليه النظرية متراخيا ويخص أصحاب هذا المذهب من هؤلاء الفقهاء الفقيه الكبير د/ السنهورى الذى اشترط التراخى ثم عدل عنه بمقولة أنه لايشكل شرطا ضروريا بل لايعدو أن يكون شرطا غالبا ومن خلال ذلك انتهى الى جواز تطبيق أحكام النظرية على العقود الفورية التى لم يؤجل تنفيذها ٠

ــ ثالثا : ــ

طالما لم يحدد المشرع المصرى العقود التى تنطبق عليها النظرية كما فعل المشرع الايطالى فى المادة (١٤٦٧) فيجب قصر تطبيقها على العقود التى تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ اما لأن الزمن ركن أساسى فى تنفيذ الالتزام (عقود المدة) واما لأن العمل المراد تحقيقه يستغرق اتمامه مرور مدة من الزمن (كما هو الحال فى عقود الاستصناع) أما العقود الأخرى التى يكون التأجيل فيها تحكميا لم يقصد به الا تسهيل التنفيذ على المدين فلا تنطبق عليها النظرية وهذا يتفق مع المنطق التاريخى لها ويطابق روح التشريع بشأنها فقد كان مبدأ ظهور النظرية فى مجال الفقه الادارى بمناسبة عقد التوريد الشهير الخاص بتوريد الغاز

لمدينة بوردو .

- رابعـا : -

رفض الفقه المصرى الأخذ بالنظرية وشايعه فى ذلك القضاء المختلط والوطنى ولم يشذ عن ذلك سوى محكمة استئناف مصر فى القضية الشهيرة الخاصة بعقد توريد الذرة العويجة بين مصلحة الحدود وأحد الأشخاص - والذى سبقت الاشارة اليه عند التعرض للتطور التاريخى للنظرية (٣١٠)
ولكن محكمة النقض قامت بنقض هذا الحكم وأشارت الى أنه ليس للقضاء أن يسبق المشرع الى استحداث النظرية وان كان المشرع المصرى قد استجاب لما أشارت اليه محكمة النقض فى استحداثه لنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من التقنين المدنى الجديد مما يدل على أن المشرع قد هدف الى حصر تطبيق النظرية فى عقود المدة لأن استجابته كانت بمناسبة أحد هذه العقود .

- خامسا : -

الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقتضى أن يرد الالتزام الى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط دون مساس بمستقبل العقد وهذا لا يتأتى الا اذا كان العقد من خاصته التعاقب بمعنى أنه يتضمن جملة أداءات يمكن أن يعتبر كل منها محلا لعقد مستقل وبالتالى تكون هناك عقود بقدر عدد هذه الأداءات.

---

٣١٠ - انظر ص٨٢ من الرسالة ومابعدها .

ـ سادسا : ـ

يمتاز العقد الزمنى بخاصيتين اثنتين تفرضهما طبيعته الخاصة وهى التعاقب والتقابل ٠

وتعنى خاصية التعاقب اشتمال العقد على مجموعة من الأداءات يعتبر كل واحد منها بمثابة عقد مستقل بذاته ٠ وتعنى خاصية التقابل احداث نوع من التوازن بين هذه الأداءات المختلفة منذ بدء العقد حتى تمام تنفيذه ٠

ونتيجة لذلك فهذا النوع من العقود هو أصلح مجال لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة وبالتالى استبعاد العقود الفورية من هذا النطاق حتى وان تأجل تنفيذها لفقدها لخصيصتى التعاقب والتقابل ٠ (٣١١)

ـ سابعا : ـ

عقد البيع فورى بطبيعته ولا يتصور حتى مع تقسيط الثمن للتيسير على المدين أن يتحلل هذا العقد الى عدة عقود بقدر عدد الأقساط المستحقة هذا فضلا عن أن تطبيق النظرية على العقود التى لا يكون التأجيل من طبيعتها بل بقصد التيسير على المدين يجعل الدائن دائما يتمسك بالحصول على حقه كاملا وفورا وهو ما تقتضيه طبيعة العقد وبذلك يحرم المدين من الأجل الذى كان سيمنح له ٠

---

٣١١ ـ بارسانتى ـ مشار اليه د٠ عبد الحى حجازى ـ عقد المدة ـ رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول(القاهرة الان) سنة ١٩٥٠ ص١٦٤ ٠

- تقييم هذا المذهب : -

تلك هى حجج أنصار هذا المذهب وللوهلة الأولى يبين بوضوح مدى وهنها ومجافاتها للأسس القانونية السليمة فنقطة البداية غير صحيحة اذ يقصر أنصار هذا المذهب تطبيق النظرية على عقود المدة فقط فى حين يذكرون عند سرد حجتهم أن عقد الاستصناع من بين العقود التى تطبق عليها النظرية فى حين أن العقد المذكور يعد من العقود الفورية لأن الزمن ليس عنصرا جوهريا فيه ·

أما عن الحجة الأولى فهى غير مقبولة لأن التوسع فى التفسير ليس مذموما فى كل الأحوال خاصة اذا كان هذا التوسع متمشيا مع روح التشريع ويجب ألا يقف مبدأ عدم جواز التوسع فى تفسير الاستثناء وعدم القياس عليه حجر عثرة فى سبيل تطور الفن القانونى واعمال الغاية التى ينشدها المشرع فمثلا بعد ابرام العقد كيف يكون موقف المتعاقد الذى يصير التزامه مرهقا لسبب لا دخل له فيه وبطريقة لا يستطيع بمعطياته الشخصية أن يتوقع حدوثها وهنا نتساءل قائلين اذا كان المنطق والعدل يقتضيان التمسك بحرفية مبدأ لزوم العقد باعتباره شريعة المتعاقدين أفلا يكون من الأعدل الأخذ بيد المدين المرهق وتقديم يد العون له خاصة أنه لم يخطىء ولم يتسبب فيما حدث ولنرجع الى الوراء قليلا فى لحظة ابرام العقد ونتساءل لو كان المدين يتعاقد فى ظل مثل تلك الظروف الطارئة هل كان سيمضى فى التعاقد أم أنه كان سيشترط من الشروط ما يجنبه آثار تلك الظروف؟ والاجابة لا تحتاج الى تعليق ·

ولنا أن نتساءل كذلك عن المتعاقد الذى يهدم العقد كليا ويهدد استقراره حتى بعد تمام ابرامه خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد

مهما طال الزمن على ابرام هذا العقد (م١٤٠ مدنى) وكذلك المتعاقد الذى تعيبت ارادته اذ له الحق فى طلب ابطال العقد خلال ثلاث سنوات من يوم انكشاف العيب أو خمسة عشرة سنة من تاريخ الابرام (م١٤٠ مدنى)(٣١٢) ألا يعد هذا خرقا لمبدأ لزوم العقد ؟ لاشك فى هذا ومعنى ذلك أنه اذا كان من الأحسن السير على نهج هذا المبدأ فانه من المستحسن تطويعه لملاءمة الظروف بما يحقق مصلحة الأطراف على أساس من العدل ٠

أما ما يقول به الاتجاه محل المناقشة بأن كتب الفقه جميعا تقصر تطبيق النظرية على عقود المدة فقط باشتراطها كون العقد الذى تطبق عليه النظرية متراخيا فلقد سبق القول أن العقد المتراخى ليس مرادفا لعقد المدة بل يدخل فى وصف التراخى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ كذلك أما القول بأن أستاذنا المغفور له د/ السنهورى قد جعل من التراخى أساسا لهذه النظرية فهذا مالم يقله أستاذنا الفاضل اذ حينما ذكر شرط التراخى استدرك بقوله أن التقنين المدنى لم يأخذ بهذا الشرط وهذا كلام متناسق ويتفق مع النهاية المنطقية التى انتهى اليها عالمنا الجليل — رحمه الله — وهى جواز تطبيق النظرية على العقود الفورية الغير مؤجلة التنفيذ ٠ (٣١٣)

كما أن القول بأن المشرع المصرى لم يحدد العقود التى تنطبق عليها النظرية مما يوجب حصرها فى عقود المدة أو العقود التى يحتاج تنفيذ الالتزام فيها الى مرور فترة من الزمن كعقد الاستصناع فلقد سبق القول بأن

---

٣١٢ — يستثنى من ذلك دعوى الاستغلال اذ يجب رفعها خلال سنة من تاريخ العقد عملا على استقرار المعاملات (م١٢٩/٢) ٠

٣١٣ — د٠ السنهورى — المرجع السابق ص ٨٥٥ ٠

سوق العقد الأخير يعنى الاعتراف الضمنى من قبل أنصار هذا المذهب بتطبيق النظرية على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ . ويتعللون لما سبق بقضية غاز بوردو والحقيقة أن عقد التوريد فى هذه القضية وهو من عقود المدة والذى كان سببا فى الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة من قبل مجلس الدولة الفرنسى كان مجرد مناسبة خرجت بسببها النظرية الى النور وكان من الممكن أن يكون بدلا منه عقدا فوريا مؤجل أو غير مؤجل التنفيذ . فلا يجوز الاحتجاج اذا بمناسبة غير مقصودة لذاتها لجعلها أساس اتجاه معين مع أن ذلك لم يدر بخلد أصحاب هذا الاتجاه .

وكذلك الأمر بالنسبة للموقف فى مصر حينما رفض الفقه والقضاء الاعتراف بالنظرية ولم يشذ عن هذا الاجماع سوى محكمة استئناف مصر الوطنية وقد تداركت محكمة النقض ذلك فنقضت الحكم وبعدها أقر المشرع الأخذ بالنظرية وقد جعل أنصار المذهب محل المناقشة اتجاه المشرع هذا بمثابة اتجاه لقصر تطبيق النظرية على عقود المدة فقط التى من بينها عقد التوريد وهذا نوع من التأويل فى غير محله وبغير دليل لأن المشرع لو كان يقصد ذلك بالضبط لكان قد أشار له صراحة بمقتضى ألفاظ خاصة تحسم المشكلة وتقطع دابر الخلاف خاصة وأن الألفاظ العامة تفتح باب الاجتهاد وجذب كل ما يندرج تحت مدلولها وهذا ما فعله المشرع المصرى وبالتالى يكون التأويل على وفق ما يقتضيه العموم فى محله وأقرب الى العقل والمنطق وبناء على ذلك فما يدعيه أنصار الاتجاه محل المناقشة يكون تخصيصا بغير مخصص.

وتأكيدا لذلك تقول محكمة القاهرة الابتدائية صراحة : " وحيث انه ليس ثمة شك فى أن عقود البيع مؤجلة التنفيذ كما هو الحال فى عقد البيع الذى نحن بصدده ميدان خصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وليس

بصحيح القول بأن هذه النظرية لاتنطبق على العقود الفورية بل هى تنطبق بدون تفريق على النوعين لعمومية نص المادة (١٤٧) ولأنه ليس ثمة تلازم بين نظرية الظروف الطارئة وتكوين عقد المدة فضلا عن أن الاتجاه التشريعى قديمه والحديث منه يؤيد هذا المذهب ". (٣١٤)

أما القول بأن الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقتصر على الحاضر دون مساس بمستقبل العقد مما يعنى أن العقد من خصائصه التعاقب اذ فى هذه الحالة يتضمن جملة أداءات يمكن أن يعتبر كل منها محلا لعقد مستقل وبالتالى تكون هناك عقود بقدر عدد هذه الأداءات وهذا لايصدق الا على عقود المدة فقط فهذا قول مردود لأن أنصار المذهب محل التحليل قد استقوه من اتجاه د/ السنهورى الذى لايقصد هذه النتيجة ودليل ذلك أن عالمنا الفاضل يرى جواز تطبيق النظرية على كافة العقود دون استئثار عقود المدة - فقط - بذلك وفضلا عن هذا فالقول بأن النظرية تعد استثناء من مبدأ لزوم العقد فهنا يقفز المبدأ الشهير وهو أنه يجب ألا يتوسع فى تفسير الاستثناء ومقتضاه فى هذه الحالة هو الاقتصار بأحكام النظرية على مايدفع الارهاق فحسب اذ الظرف الطارئ من قبيل الضرورة التى يجب أن تقدر بقدرها ويكون المراد من عدم التوسع فى التفسير ليس هو عدم انطباق أحكام النظرية على كافة العقود بل الوقوف عند حد رفع الارهاق عن المدين وعدم التوسع الى ماوراء ذلك فلا يصح مثلا اعفاؤه من التزامه.

---

٣١٤ - حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/٣١ فى القضية رقم ٨٢٢ سنة ١٩٥٣ مدنى كلى مصر - مشار اليه - زكى سعيد البدرمانى - شرح قانون الاصلاح الزراعى جـ٢ طبعة ١٩٥٥ ص٢٦ .

أما القول بأن العقد الذى من خاصة التعاقب يتضمن عدة عقود بقدر عدد الأداءات فهو قول يدعو للغرابة اذ أنه يضيف لنظرية العقد ما ليس منها فكيف يتمخض ايجاب واحد وقبول واحد على محل واحد عن عدة عقود هذا مالم يقل به أحد ولم تتجه اليه نية الطرفين ولو قلنا بذلك لكان تطبيق جزاء النظرية على هذا العقد معناه انهاء علاقة تعاقدية على وضع يختلف بالنسبة لباقى العقود وتلك نتيجة شاذة تنأى بنا عن الدقة القانونية :
وبعبارة أخرى فان عقد المدة هو عقد واحد لا يتكرر انعقاده ولكن يتكرر تنفيذه وفرق بين تكرار الانعقاد وبين تكرار التنفيذ فالأول يفضى الى تعدد العقود والثانى يقوم على وحدته . (٣١٥)

وأخيرا فالقول بأن الأجل فى عقد البيع مع تقسيط الثمن انما هو تفضل من البائع بهدف التيسير على المدين فيكفينا هنا القول بأنه قد جرت العادة على أن المتعاقدين حينما يتفقان على تأجيل دفع الثمن على أقساط فان لذلك مقابلا يحصل عليه البائع كزيادة سعر الفائدة أو زيادة الثمن ذاته .... الخ .

وصفوة القول فى هذا المقام ما قضت به محكمة النقض بقولها "... ولا يقدح فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله أو بعضه أن ارجاء دفع الثمن انما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى فلا ينبغى أن يضار به البائع ذلك أن الأجل أمر ملحوظ فى التعاقد على الصفقة أصلا ولولاه ما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه

---

٣١٥ ـ د. عبد الحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ص ٥٧٢ .

فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع " . (٣١٦)

---

٣١٦ ــ نقض مدنى ٣/١/١٩٦٣ ــ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ق ص٣٧ ، نقض مدنى ١٨/٢/١٩٦٥ ــ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ق رقم ٣٠ ص ١٩١ .

المذهب الثانى (الأوسط)

يحظى هذا المذهب بتأييد غالبية الفقه المصرى (٣١٧) ولا يقف أنصاره عند حد تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود المدة فقط كالمذهب الضيق وانما تجاوزوا ذلك الى حد قولهم بجواز تطبيقها على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ بالاضافة الى عقود المدة .. وبعبارة أخرى يرى أنصار هذا المذهب أن النظرية تطبق على العقود المتراخية التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة زمنية بغض النظر عما اذا كانت من العقود المستمرة (ايجار) أو الدورية التنفيذ (توريد) أو فورية مؤجلة التنفيذ (عقد بيع مؤجل الثمن) .

ويرى أنصار هذا المذهب أن العلة فيما يذهبون اليه أن مضى فترة من الزمن بين انعقاد العقد وبين تنفيذه تسمح لتقلبات الظروف الاقتصادية والحوادث الطارئة أن تؤثر فى قيمة الالتزام العقدى زيادة أو نقصا .

ويضيفون بأن تغير الظروف الذى يتكون منه جوهر هذه النظرية انما

---

٣١٧ ــ د. أنور سلطان ــ النظرية العامة للالتزام جـ١ ــ مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ ص٣٨١ ، د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٥٧٣ ، د. حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق ص٣١٨ د. اسماعيل غانم ــ النظرية العامة للالتزام ــ مصادر الالتزام ص٣١٥ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص٣٣٥ ، د. سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص٢٢٣ د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٤٠٦ ، د. جميل الشرقاوى ــ النظرية العامة للالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام ص٣١٥ ، د. مختار القاضى ــ المرجع السابق ص٢٦١ .

يعتد به اذا طرأ فى الفترة التى تلى انعقاد العقد وتسبق التنفيذ ٠

ويقصد بالتراخى لديهم ذلك الذى يرجع الى طبيعة العقد كما هو الحال فى عقود المدة والعقود الفورية المرجأة التنفيذ وعلى ذلك اذا كان العقد واجب التنفيذ فورا ولكن تراخى تنفيذه بخطأ المدين فان النظرية لا تنطبق عليه اذ فى هذه الحالة يتحمل المدين تبعة تقصيره٠

ولا يشترط أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى مابعد الحادث الطارئ بل يكفى وجود التزام متراخى التنفيذ وصار مرهقا للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل له قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك٠

وبمقتضى ما اتجه اليه أنصار هذا المذهب لا تكون نظرية الظروف الطارئة حكرا على عقود المدة فقط٠ (٣١٨)

ولعل من الحقائق التاريخية التى تشاطر هذا المذهب أن كل القوانين التى عملت أثناء الحرب العالمية الأولى أمثال القانون البلجيكى الصادر فى ١١/١٠/١٩١٩ والقانون الفرنسى الصادر فى ٢١/١/١٩١٨ كانت تنطبق على عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ على حد سواء وكذلك القانون المدنى الايطالى الذى نص صراحة على حصر تطبيق النظرية فى عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ ٠ (٣١٩)

ولقد جاء فى تقرير القانون المدنى الايطالى رقم (٦٦٥) أنه : " لا

---

٣١٨ ـ د٠ عبد الحى حجازى ـ عقد المدة ـ ص١٦٤ ٠

٣١٩ ـ د٠ عبد الحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزامات ـ مصادر الالتزام ص٥٧١ ٠

يفرق بين العقود ذات التنفيذ المستمر أو الدورى وبين العقود ذات التنفيذ المؤجل ذلك أن جواز الأخذ بمقتضى شرط عدم تغير الظروف لا يتوقف عقلا على الطبيعة الخاصة للأداء من حيث كونه دورى أو مستمر التنفيذ وانما يعتبر ارجاء تنفيذ الأداء لا دوريته أو استمراره هو علة حماية يقصد بها تفادى النتائج الاقتصادية الضارة التى تنجم عن اختلال التوازن التعاقدى الذى أراده الطرفان ". (٣٢٠)

وعلى مستوى الفقه الايطالي نجد الفقيه " أوستى " يؤيد هذا الاتجاه ويشاطره في ذلك الفقيه " ديفوتو " الا أن الأخير اشترط فى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ أن يكون تأجيل التنفيذ ضروريا اما بسبب أن الزمن يشكل ركنا جوهريا فى تنفيذ العقد كما هو الحال في العقود الزمنية واما بسبب كون الأداء المراد تنفيذه يستغرق بعضا من الوقت كما هو الحال فى عقود الاستصناع. (٣٢١)

وبرغم أن نظرية الظروف الطارئة لم تلق القبول حتى الآن من قبل المشرع الفرنسى الا أن الأمر لم يفت عددا من الباحثين الفرنسيين الذين حرصوا على اظهار المفهوم السابق لشرط التراخى فى رسائلهم الجامعية ومن بين هؤلاء " أوفيرى بنيتو) وجاستون روسل وبوبسكى . (٣٢٢)

وباستقراء أحكام القضاء المصرى نجد طائفة من الأحكام قد تواترت على تأييد هذا المذهب فلقد قضت محكمة النقض بقولها : "... فان هذه

---

٣٢٠ ــ مشار اليه ــ المرجع السابق ص٢ ٥٧ هامش (١) .

٣٢١ ــ د. عبد الحى حجازى ــ عقد المدة ص١٦٥ ومابعدها مقروءة مع هامش (١) .

٣٢٢ ــ المرجع السابق نفس الموضع .

النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة مابين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة ... "(٣٢٣)

كذلك قضت بأنه : " لا يشترط فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدنى أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى مابعد الحادث الطارئ بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ الى مابعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك ". (٣٢٤)

وبأن : " تطبيق حكم المادة (١٤٧/ ٢) من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسطا لايحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون ذلك أن القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط أو الاقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ".(٣٢٥)

---

٣٢٣ ـ نقض مدنى ٣/ ١/ ١٩٦٣ ـ م نقض م ـ ١٤ ـ ٣٧ ـ مشار اليه محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص ٤١٦ .

٣٢٤ ـ نقض مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٦٣ ـ م نقض م ـ ١٤ ـ ٣٤٧ ـ المرجع السابق ص ٤١٧ .

٣٢٥ ـ نقض مدنى ٣/ ١/ ١٩٦٣ ـ مشار اليه سابقا هامش (٣٢٣) .

كذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بقولها : " بأن نظرية الظـــروف الطارئة تطبق على عقود المدة والعقود الفورية التي يرجأ تنفيذها الـــى المستقبل فكافة العقود يسرى عليها حكم هذه النظرية مادامت لا يتعاصـــر وقت انعقادها ووقت تنفيذها " . (٣٢٦)

وهكذا نرى أن هذا المذهب قد تطور بشأن مجال تطبيق هذه النظرية فلم يقف عند حد ماقال به أنصار المذهب الضيق بل اضاف الى عقود المدة تلك العقود الفورية التي يرجأ تنفيذها ٠

ـ تقييم هذا المذهب: ـ

مع تسليمنا بأن هذا المذهب يبدو أدق من سابقه حيث انه قد اقترب من حقيقة الأمور الا أن لنا عليه عدة مآخذ وهى : ـ

(١) مازال هذا المذهب يحصر نفسه داخل الاطار التقليدى بشأن مـــا يتعلق بالعقود التى تطبق عليها أحكام النظرية اذ أنه بحصـــره لطوائف تلك العقود يكون قد ساير الظروف التاريخية التى صاحبت نشأة تلك النظرية والتى بوصفها منفذا ينال به القاضى من القـــوة الملزمة للعقد فقد كان طبيعيا أن يكون التوغل فى الاستثناءات على هذا المبدأ برفق خاصة وأن القانون الرومانى كان يغلب عليـــــه طابع التشدد ولم يكن من السهل التحلل من الرابطة العقديـــــة بسهولة مهما تغيرت الظروف الى الأسوأ وكان يعبر عن هـــــذا الارتباط القانونى بما كان يسمى (vinculum juris) وبـــه يرتبط المدين بدائنه ـ مجازا ـ ولا يفك من قيده الا بأداء مـــا

---

٣٢٦ ـ استئناف القاهرة جلسة ٨/١٢/١٩٥٧ ـ المحاماة السنة ٣٨ ص ٧٣٦ ٠

التزم به فى العقد (٣٢٧) لكل ذلك ارتبطت هذه النظرية فى أصلها بالعقود الطويلة الأجل التى لاتنفذ فور انعقادها.(٣٢٨)

وعلى ذلك تكون العقود المتراخية هى المناسبة التى من خلالها برزت نظرية الظروف الطارئة للوجود لانصاف المتعاقد المنكوب بعد أن كانت قواعد القانون الرومانى تعصف به من غير هوادة ولا رحمة أما وقد تطور الفكر القانونى وارتقى وأصبح ينظر لتلك النظرية على أنها من المكملات الأساسية لنظرية العقد فى مرحلة مابعد ابرامه وقبل أو أثناء تنفيذه فلا يكون من المستساغ أن نستصحب تلك المناسبه التاريخية لنشأة النظرية لنحصر تطبيق أحكام النظرية فيها ونغض الطرف عن باقى طوائف العقود .

(٢) يضاف لذلك أن حصر وظيفة أحكام الطوارئ فى معالجة العقود المتراخية دون سواها يتضمن مصادرة على الحكمة التى من أجلها اعترف بعض من مشرعى الدول بهذه النظرية الى جانب جمهرة كبيرة من الفقه وذلك لأن المشرع حينما عالج المشاكل الخاصة بالعقد فى مرحلة ابرامه بقى أمامه موضع لبنة من زاويه فى صرح نظرية العقد ألا وهى الثغرة الخاصة بالظروف الطارئة فى مرحلة مابعد ابرام العقد والتى من شأنها نكبة أحد طرفى العقد فكان أن وضع المشرع تلك اللبنة تحت مسمى نظرية الظروف الطارئة بمعنى أنه قد أراد بتلك النظرية أن تحكم طوارئ العقد بعد ابرامه دون تخصيص لنوع

---

٣٢٧ ــ د. حسين عامر ــ القوة الملزمة للعقد ــ طبعة أولى سنة ١٩٤٩ ص ٤ .

٣٢٨ ــ د. عبد الحى حجازى ــ مصادر الالتزام ــ المرجع السابق ص ٥٥٧ .

معين لتلك العقود ـ باستثناء المشرع الايطالى ـ ولذا فليس من المقبول بعد ذلك قصر تطبيق أحكام النظرية على نوع من العقود دون آخر اذ أن ذلك يعد من قبيل التخصيص بلا مخصص. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فيه اهدار لمبدأ تكافؤ الفرص بين المتعاقدين مما يهدر الحماية التشريعية فى لحظة معينة لنوع معين من العقود وتلك نتيجة يأنف منها المشرع.

(٣) لكل ما تقدم استشعر بعض أنصار هذا المذهب الحرج فى قولهم بالوقوف عند حد العقود المتراخية مجالا لتطبيق أحكام النظرية لأن ذلك سيوجد ثغرة تستعصى على العلاج ونقصد بذلك العقود الفورية التى يفاجئها الظرف الطارئ عقب ابرامها مباشرة وقبل التنفيذ بل ان تلك الثغرة لا تهدد كيان النظرية فحسب بل تهدد نظرية العقد فى مجملها وتنعتها بالقصور عن ايجاد الحلول لبعض مشاكل التنفيذ خاصة وأن المشرع يحاول جاهدا تغطيه مرحلة التعاقد بسياج من حمايته بدءا من المفاوضات حتى تمام تنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عن العقد.

ولا أكون مبالغا اذا ادعيت أنه أمام هذا الشعور بالحرج ذهب بعض من أنصار هذا المذهب الى امكانية تطبيق النظرية على العقود الفورية بل ان منهم من حام حول الحمى وأوشك الدخول فيه الا أنه تراجع فجأة وعدل عن ذلك مفضلا احتضان الخط التقليدى السابق الاشارة اليه.(٣٢٩)

٣٢٩ ـ انظر: د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص٣٣٥، د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٧٠ اذ يرى سيادته تطبيق النظرية على العقود الفورية التى يطرأ عليها سبب أجنبى عن المدين يترتب عليه استحالة التنفيذ مؤقتا فيقف تنفيذ العقد وخلال فترة الوقف تحدث ظروف طارئة مما يجيز للمدين التمسك بنص المادة ١٤٧/٢ مدنى كذلك انظر: د. أنور سلطان المرجع السابق ص٣٨١ ـ ويعترف سيادته بجواز حدوث الظرف الطارئ بالنسبة للعقود الفورية الا أنه يستبعد معالجة ذلك وفقا لنظرية الظروف الطارئة بل وفقا لنظرية الاستغلال مع أن ذلك يخالف ما عناه المشرع بالاستغلال.

المذهب الثالث (الواسع)

اذا كان كل من المذهب الضيق والأوسط قد اتفقا على أن عنصر الزمن هو المحك فى بيان العقود التى تطبق عليها نظرية الظروف الطارئة بالرغم من اختلافهما فى مدى اشتراط هذا العنصر الا أن الأمر جد مختلف لدى أنصار المذهب الواسع والذى أسقط عنصر الزمن من حسابه عند تحديد تلك العقود اللهم الا اذا كان عنصر الزمن يعد حدا فاصلا بين مرحلة ما قبل ابرام العقد ومابعد ذلك وبعبارة أخرى فان عنصر الزمن يلقى أهمية خاصة لدى أنصار هذا المذهب اذا كان هو المفرق بين نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومايعد خارج هذا النطاق (مرحلة تكوين العقد) ٠

وتفصيل ذلك أن أنصار المذهب الواسع (٣٣٠) يرون أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبق على العقد الذى لم ينفذ بعد أو لم يتم تنفيذه بالكامل ويستوى أن يكون هذا العقد من عقود المدة أو من العقود الفورية المؤجلة التنفيذ أو من العقود الفورية مطلقا ٠

والحكمة أو الدافع لذلك – فى مذهبهم – أن حكم النظرية يقوم فى مرحلة تنفيذ العقد فلا يحول دون انطباقه الا أن يكون العقد قد نفذ قبل وقوع الظرف الطارئ أو أن يكون الدائن قد أعذر المدين بالتنفيذ ٠(٣٣١)

---

٣٣٠ – د٠ السنهورى – المرجع السابق ص٨٦٨ ، د٠ شمس الوكيل – دروس فى الالتزامات طبعة سنة ١٩٦٠ ص١٤٨ ومابعدها ، أسعد الكورانى – المرجع السابق ص٢٣٣ ٠

٣٣١ – د٠ السنهورى – تطبيق نظرية الظروف الطارئة – على عقود البيع المبرمه قبل قانون الاصلاح الزراعى – مقال بمجلة المحاماه السنة ٤١ العدد (١) ص١٠٧ ومابعدها ٠

ويعترف أنصار هذا المذهب أن مايقولون به هو من قبيل الأمور النادرة ذلك أن العقد الفورى عادة مايبرم وينفذ فى وقت قصير لايسمح لتقلبات الظروف من أن تنال منه ومع ذلك فأحيانا مايحدث الظرف الطارئ بعد ابرام العقد الفورى وقبل تمام تنفيذه وهنا تطبق أحكام النظرية وهذا ما دعا عالمنا الجليل د/ السنهورى الى القول بأن شرط التراخى شرط غالب وليس ضروريا ٠

ـ تقييم هذا المبدأ : ـ

انى أرى أن هذا المذهب هو أرجح المذاهب للأسباب الآتية : ـ

(١) نص المشرع فى الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) على أن " العقد شريعة المتعاقدين ٠٠٠٠ " ومفاد تلك القاعدة أن المشرع قد أراد للعقد أن يكون نوعا من القانون الخاص بين طرفيه وبالتالى يتعين عليهما أن يخضعا لما اشترعاه كخضوعهما للقواعد القانونية اذ العقد قانون عاقديه ٠ (٣٣٢) فلا يجوز لأى منهما ـ بحسب الأصل ـ أن ينفرد بتعديله أو نقضه بل لايجوز ذلك للقاضى نفسه ٠

كذلك نص المشرع فى الفقرة الثانية من ذات المادة على: " ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية ٠٠٠ " فالمشرع بهذه العبارة يؤكد وجود قيد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك بتقريره امكانية اعادة النظر فى الالتزامات التى صارت مرهقة بفعل الحادث الطارئ ٠

٣٣٢ ـ د٠ حسين عامر ـ المرجع السابق ص١٤ وكذلك نقض مدنى ١٩٣٧/١٢/١٦ ـ م ق م ـ ١٥٨ ـ ٨٥٧ مشار اليه ـ محمد كمال عبد العزيز ـ المرجع السابق ص ٤١٤ ٠

و يلاحظ أن قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " قد ورد بها لفظ العقد عاما من غير تخصيص فيشمل بذلك كافة طوائف العقود بلا تخصيص ثم أورد المشرع استثناء على تلك القاعدة فى الفقرة الثانية التى استهلها بقوله : ـ " ومع ذلك " ٠ والواو هنا حرف عطف على ماقبلها فكأن المعنى الذى أراده المشرع من هذا الاستثناء هو : " ومع كون العقد شريعة المتعاقدين فانه يجوز اعادة النظر فى الالتزامات المتولدة عنه بسبب الحادى الطارئ " ٠

وبذلك نرى أن المشرع اذ قيد تنفيذ العقود بمبدأ اللزوم فانه استثنى من هذا المبدأ تلك العقود التى تعترض تنفيذها الحوادث الطارئة وهذا ما اكدته المذكرة الايضاحية للقانون المدنى بقولها : " وقد استحدث المشرع فى الفقرة الثانية مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود " . (٣٣٣)

وبعبارة أخرى وطبقا لقاعدة الغرم بالغنم فالمدين الذى يغرم بأداء الالتزامات العقدية على وجهها الأكمل مهما صادفه من صعوبات محتملة لم تصل حد الاستحالة أو الارهاق فان من العدل أن يغنم من وراء الظرف الطارئ عن طريق اعادة النظر فى الالتزام الذى صار مرهقا له ٠

وصفوة القول أن حمل العموم على الظاهر من النص بفقرتيه مراد من مرادات الشارع الذى عبر عن مبدأ لزوم العقد وقصد من ورائه

---

٣٣٣ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٨٠ ٠

أن يطبق على كافة طوائف العقود من غير تخصيص وبالتالى فـــــان الاستثناء الذى أورده بشأن الظروف الطارئة يجب أن يشمل كذلك كافة طوائف العقود من غير تخصيص لأنه كما يجرى على العقـــــود مبدأ اللزوم يجرى عليها كذلك جواز الارهاق فى تنفيذ الالتزامـات المتولدة عنها والقول بغير ذلك فيه تخصيص بغير مخصص وتأويـــل لمعانى لم يردها المشرع وقد كان بمقدوره لو أراد أن ينص عليهـــا صراحـــة ٠

(٢) أن القول باشتراط فاصل زمنى بين ابرام العقد وتنفيذه لتطبيـــق أحكام الطوارئ كان الهدف منه أنه باستقراء حدوث الظـــــروف الطارئة تبين أنها كانت تحتاج لوقت طويل نسبيا لكى تحدث آثارها بما يسبق ذلك من أمارات وشواهد تنبئ بحدوث مثل هذا الظرف خاصة وأن معظم المناسبات التى نودى فيها بتطبيق احكـــــام الطوارئ كانت بسبب قيام الحروب خاصة الحربين العالميتين الأولى والثانية وما تبعهما من اهتزازات اقتصادية تصيب المتعاقديـــن بارهاق فى تنفيذ التزاماتهم العقدية يصل حد التهديد بالخسارة الفادحة والأمثلة على ذلك كثيرة خاصة فى فرنسا وأوضح مثال قضية شركة الغاز بمدينة بوردو والسابق الاشارة اليها (٣٣٤) وكذلـك الأمر بالنسبة لعقود التوريد (٣٣٥) وأخيرا القضية الخاصة بمصنع كان قد استخدم عددا من العمال بعقود لمدد معينة ولكن بسبب

---

٣٣٤ ـ حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩١٦/٣/٣٠ ـ مشار اليه د٠ حسين عامر ـ المرجع السابق ص٦٢ ٠

٣٣٥ ـ trib. paris, 21-12-1916-D.1917-2-33.

الحرب نقص عدد زبائنه فأراد أن يتخلص من التزاماته قبل العمال(٣٣٦)

واذا كان هذا الاتجاه القانونى مستساغا فى ظل ظروف طارئة تحدث برتابة وتستغرق أماراتها وقتا ليس بالقصير الا أن هذا الاتجاه قد تناسى أن التطور التكنولوجى قد قفز بالبشرية قفزات هائلة فى شتى المجالات وبالتالى صار ايقاع الزمن سريعا بل بلغت سرعته حدا يمكن بمقتضاها أن تقع حوادث جمة ولها آثار خطيرة فى وقت قصير جدا بالقياس لما كان عليه الوضع قديما فمثلا لم تعد الحرب تلك العملية التقليدية التى كانت تسبقها خصومات تصل مدة طويلة وتتفاقم حدتها بما ينذر بوقوعها وكذلك اذا بدأت تلك الحرب كانت تسبقها حشود تسير مترجلة لدرجة تتيح لعيون العدو أن تستطلع قدومها وتخبر قادتها بذلك وبالتالى يشيع أمرها وتصبح نتائجها المدمرة أمرا وشيك الوقوع ولكن الوضع قد تغير الآن من كافة الوجوه فهناك الطائرات الأسرع من الصوت والصواريخ عابرة القارات وحرب الجراثيم .... الخ كل ذلك مقرونا بعنصر المفاجأة بما أصبح معه حجم الزمن متضائلا بالقياس لحجم التدمير الذى تحدثه مثل تلك الحروب وماحادث انفجار المفاعل النووى الروسى بمدينة تشيرنوبيل ببعيد فلقد انتشر الغبار النووى فى البلاد المجاورة بسبب سرعة الرياح فى لمح البصر متجاوزا حدود القارة التى وقع فيها مما كان له أثره المدمر فى تلوث المزروعات ونفوق كثير من الحيوانات.... الخ .

فلو افترضنا أن هناك شركة أغذية قد أبرمت صفقة لشراء خامات

---

٣٣٦ — -cass. civ. 4 août 1915. S. 1915-1-22.

زراعية لتصنيعها لديها وكانت هذه الشركة تقع فى مصر وأبرمت الصفقة مع شركة بتركيا على أن يتم تنفيذها دفعة واحدة (عقد بيع منجز) فلاشك أن هذا العقد فورى غير مرجأ التنفيذ الا أن ذلك يحتاج لفترة زمنية يستتلزمها واقع التعاقد وموقع المتعاقدين من اعداد المزروعات للتصدير وتجهيزها فضلا عن مسافة الرحلة من تركيا الى مصر وفى خلال تلك المراحل انفجر مفاعل تشيرنوبيل ولا شك أن تركيا باعتبارها من البلاد الملاصقة للاتحاد السوفيتى بل من موقع الانفجار ستتأثر بهذا التلوث النووى خلال ساعات وهذا ماحدث بالفعل مما أدى الى هلاك وتلوث المزروعات بها وهنا يبرز التساؤل الهام : هل من الانصاف مطالبة الطرف التركى بضرورة التنفيذ لمجرد أن العقد فورى فلا تطبق عليه نظرية الظروف الطارئة برغم أن ماحدث تتوافر فيه أوصاف ذلك الظرف الطارئ ؟ . الاجابة على ذلك بالنفى لأن مثل هذا العقد وما أحاط به من ملابسات لاشك يعد مثالا مناسبا لتطبيق أحكام النظرية والقول بغير ذلك فيه انكار لروح العلاقة التعاقدية .

كذلك يمكن أن يتفق المتعاقدان على بيع سلعة معينة وبعد ابرام العقد مباشرة بتطابق القبول مع الايجاب خرجت تلك السلعة من التسعير الجبرى وذلك الأمر لايحتاج من السلطة العامة الا لدقائق معدودات أفلا يعد ذلك ظرفا طارئا يجيز تطبيق أحكام النظرية ؟ أعتقد أن الاجابة هى بالايجاب.

(٣) جاءت بعض أحكام المحاكم تؤكد وجهة نظرنا الا أن بعضها كان يتردد فى اتجاهه مؤثرا مسايرة الخط التقليدى ولنستعرض طائفة من تلك الأحكام ونعلق على كل حكم منها بما يناسبه : ـ

أ ــ قضت محكمة القاهرة الابتدائية بما يأتى : " وحيث انه ليس ثمة شك فى أن عقود البيع المؤجلة التنفيذ .... ميدان خصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وليس بصحيح القول بأن هذه النظرية لا تنطبق على العقود الفورية التى يرجأ تنفيذها الى المستقبل ويقصر تطبيقها على عقود المدة المستمرة التنفيذ بل هى تنطبق بدون تفريق على النوعين لعمومية نص المادة ١٤٧/٢ ... ". (٣٣٧)

واضح من أسباب الحكم السابق أن المحكمة قد عرض عليها نزاع حول عقد بيع (عقد فورى) مرجأ التنفيذ ودفع أمامها بعدم جواز تطبيق أحكام النظرية عليه لاقتصارها على عقود المدة فقط فأبانت المحكمة أن العقود الفورية المرجأة التنفيذ تدخل ضمن زمرة العقود التى تخاطب بأحكام النظرية ثم أردفت ذلك بأنها تستند فيما ذهبت اليه لعمومية نص المادة ١٤٧/٢ مدنى بما يعنى دخول العقود الفورية الغير مؤجلة التنفيذ فى هذا المعنى وكان واجبا على المحكمة أن تشير الى ذلك صراحة لأن العمومية تعنى الشمول والاستغراق.

ب ــ قضت محكمة استئناف القاهرة بأن : " نظرية الظروف الطارئة تطبق على عقود المدة والعقود الفورية التى يرجأ تنفيذها الى المستقبل فكافة العقود يسرى عليها حكم هذه النظرية مادامت لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها وهذا هو الاتجاه الذى سار اليه المشرع المصرى فى اطلاقه التعبير عن الالتزام التعاقدى الذى

---

٣٣٧ ــ حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/٣١ ــ مشار اليه زكى سعيد البدرمانى المرجع السابق ص ٢٦ .

يصبح تنفيذه مرهقا بسبب حادث طارئ " . (٣٣٨)

ولنا على هذا الحكم مأخذ اذ هو قد بدأ بتخصيص طوائف العقود التى تطبق عليها أحكام النظرية وحصرها فى عقود المدة والعقود الفورية المرجأة التنفيذ ثم يظن أن ما ذهب اليه هو نفس اتجاه المشرع المصرى الذى أطلق تعبير الالتزام التعاقدى ولعلنا نلمح مدى تناقض هذا الحكم مع نفسه فنحن لو سلمنا له جدلا أن المقام مقام اطلاق وتقييد لا تعميم وتخصيص (وهو الأصح) فان الحكم قد بدأ بتقييد حكم الطوارئ بقصره على طائفتين من العقود ثم هو يستند فيما ذهب اليه لحكم مطلق فكيف يكون المطلق علة للمقيد ؟ لو قلنا بذلك لكان معناه هدم لأركان اللغة العربية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى منافاة ذلك للدقة القانونية .

جـ ـ قضت محكمة النقض: " ... ومناط تطبيق هذا النص أن يكون الالتزام الذى حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما وأن تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ " . (٣٣٩)

وكذلك قضت بأنه : " .... اذ نصت المادة ٢/١٤٧ مدنى على أنه .... فقد دلت على أنها تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام

---

٣٣٨ ـ استئناف القاهرة جلسة ١٩٥٧/١٢/٨ ـ مشار اليه أنور العمروسى شرح قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ طبعة ١٩٦٣ ص ٣٣ .

٣٣٩ ـ نقض مدنى ١٩٦١/٥/١١ ـ م نقض م ـ ١٢ ـ ٤٦٦ ـ محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٨ .

الذى يرتبه فان كان الالتزام قد نفذ فانه ينقضى وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها ... لأنها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد ". (٣٤٠)

واضح من الحكمين السابقين ورود لفظ الالتزام فى عبارات عامة من غير تخصيص مما يعنى أن المحكمة أرادت أن تستصحب غاية المشرع وهى أن أحكام الطوارئ تطبق على كافة طوائف العقود من غير تخصيص.

د ـ ولقد قضت محكمة النقض كذلك بالآتى : " ... واذ يبين من هذا النص أن المشرع قد اطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون أن يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه وانما أورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن ... فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات المتعاقدين لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية ". (٣٤١)

وهذا الحكم لنا معه وقفه فبادئ ذى بدء نتفق معه من حيث المبدأ بما بدأ به من مقدمات ألا وهى اقرار أن نص المادة (٢/١٤٧)

---

٣٤٠ ـ نقض مدنى ١٩٦٢/١٢/٢٠ ـ م ١٣ ـ ١١٩٧ ـ حمد كمال عبد العزيز ص ٤١٨ . وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٩ ـ م نقض م ـ ٢٦ ـ ١١٦٣ ـ حمد كمال عبد العزيز ص ٤١٧ .

٣٤١ ـ نقض مدنى ١٩٦٣/١/٣ ـ م نقض م ـ ١٤ ـ ٣٧ ـ حمد كمال عبد العزيز ص ٤١٦ .

جاء بتعبير الالتزام التعاقدى عاما من غير تخصيص وكان مقتضى ذلك وكما ذهب اليه الحكم أن ينطبق حكم الطوارئ على العقود بصفة عامه دون تخصيص الا أننا فوجئنا بأن الحكم وبلا مقدمات منطقية ينتهى الى نتيجة تتناقض تماما مع ماقدم به اذ انتهى الى قصر تطبيق حكم المادة (١٤٧/ ٢) على عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ وهذا نوع من التخصيص لا يجتمع مع التعميم لأن اجتماعهما يكون من باب جمع الضدين وهو غير جائز ولا نرى من سبيل لتبرير ماذهب اليه الحكم الا أنه أراد أن يظفر بالحسنيين معا وهما مسايرة المنطق التشريعى السليم فى تفسير النصوص ثم استصحاب الاتجاه الغالب الذى يقصر تطبيق أحكام الطوارئ على طائفتى العقود سالفتى الذكر وهذا نوع من المغالطة العلمية كنا نود تنزيه الحكم منها .

وأخيرا يردف الحكم الى أن قصر تطبيق أحكام الطوارئ على عقد المدة والعقد الفورى المؤجل التنفيذ انما هو لتحقيق حكمة التشريع وهى اصلاح ما اختل من التوزان الاقتصادى .... الخ مما يثير لدينا تساؤلا هاما وهو : هل التوازن والاختلال به مقصور على هذين النوعين من العقود فقط؟ وللاجابة على ذلك وتمشيا مع منطق الحكم المذكور أخالنى أعتقد أنه لانصيب للعقود الفورية غير مؤجلة التنفيذ فى النظرية العامة للعقد سوى الانتساب لها بالاسم فقط دون الاستفادة من أحكامها بمعطياتها المختلفة فهل تلك النتيجة أرادها المشرع ؟ الاجابة بالنفى لأن غير ذلك معناه افتراض الاعوجاج فى مسلك المشرع ونحن نربأ به عن ذلك.

ويفرض علينا المقام والحال كذلك تساؤلا آخر وهو : كيف نطلب

من كافة الملتزمين عقديا أن يلتزموا بتعهداتهم مع تنفيذها بدقة طبقا لمبدأ لزوم العقد ثم نفرق بينهم فى شأن تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة مع أنه لا يد لأى متعاقد فيما حدث ؟ لا شك أن التمشى مع هذا المنطق يقودنا حتما الى نتيجة شاذة وهى حرمان هذا الملتزم من حماية قررها له المشرع بالفعل ٠

لا شك أن هذا الحكم لم تنسجم النتيجة التى انتهى اليها مع ما ساقة من مقدمات ولذلك استهدف للنقد ٠

نخلص مما سبق أن المذهب الثالث هو أرجح المذاهب لما سقناه فى تأييده من أدلة نقلية وعقلية ٠

المذهب الرابع (المتطرف)

نتيجة لما ذهب اليه المذهب الثالث (الراجح) من اهماله لشرط التراخي فلقد أغرى ذلك البعض الى القول بامكانية الاعتراف بأثر الظرف الطارئ حتى وان حدث هذا الظرف في وقت سابق على ابرام العقد. (٣٤٢)

ونظرا لأن هذا المذهب يعد غريبا على منطق الطوارئ وينافي كذلك الحكمة التي من أجلها اعترفت معظم التشريعات بنظرية الظروف الطارئة فانه يلزم علينا التعرض تفصيلا لهذا المذهب ثم بعد ذلك نقيم ماورد به من حجج وأسانيد ثم نبين أخيرا رأينا الخاص من هذه المسألة وذلك في ثلاث نقاط على التوالي : ــ

أولا : عرض المذهب : ــ

يتجه هذا المذهب الى ضرورة الاعتراف بأثر الظرف الطارئ حتى وان حدث في وقت سابق على ابرام العقد .

وتأكيدا لذلك يسوق صاحب المذهب المثال الأتي : ــ " نفترض أن هناك ايجابا كان قد صدر الى شخص غائب يدعوه الى توريد سلعة معينة داخلة في التسعير الجبري وذلك على دفعات وبسعر محدد وأنه بوصول هذا الايجاب الى علم من وجه اليه صدر قبول مطابق له في كل المسائل الجوهرية وغير الجوهرية وأن هذا القبول سلم الى رسول ليحمله الى من توجه بالايجاب في مدينة أخرى فاذا حدث وقبل أن يصل الرسول الى

---

٣٤٢ ــ نادى بهذا المذهب : د. حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص٢٥٩ ومابعدها.

تلك المدينة أن صدر أمر من السلطة العامة باخراج السلعة المتعاقد عليها من نظام التسعير الجبرى . فاننا نتساءل عن كيفية معالجة مايكون قد نجم عن صدور هذا الأمر من آثار وهى ارتفاع سعر السلعة ارتفاعا باهظا .

قام صاحب المذهب بتحليل المثال السابق الى عناصره الأولية وانتهى الى أن العملية العقدية المتضمنة للايجاب والقبول كانت قد اكتملت قبل حدوث الظرف الطارئ وهو صدور الأمر هذا فضلا عن أن الشخصين المتعاقدين لم يتوقعا صدور مثل هذا الأمر قبل أن يقوم كل منهما بالاجراء الخاص به فى العملية العقدية .

وان كان الفن القانونى فى بعض النظم قد التزم بمذهب العلم بالقبول الا أن ذلك — والكلام لصاحب المذهب — استنادا الى الارادة الظاهرة اكثر من الارادة الباطنة ثم ينتهى صاحب المذهب الى رفض الأخذ بنظرية الارادة الظاهرة لأن الارادة الباطنه وحدها هى المناط الحقيقى لكل المسائل الارادية الواعية التى تنهض على فكرة الادراك أو القصد أو العلم أو التوقع أما وسيلة التعبير عنها (الارادة الظاهرة) فليست أكثر من وسيلة صماء لا علاقة لها بهذه المفاهيم الحسيه والعقلانية .

يعود صاحب المذهب الى المثال الذى ساقه ليفرق لنا بين فرضين وهما : —

— الأول : —

اذا كان الموجب لم يعلم بصدور الأمر عند استلام القبول . ثم يستبعد كون اعتبار ذلك من قبيل الغلط الذى يجيز طلب ابطال العقد لتعارض تلك الفكرة مع معطيات المثال السابق حتى وان قيل أن الغلط هنا من قبيل الغلط فى القيمة فذلك أمر مستبعد لكون هذا النوع من الغلط

لا يؤثر على العقد فى القانونين المصرى والفرنسى ٠

كذلك تستعصى فكرة الغبن على التطبيق لأن للغبن حالاته المحددة التى يخرج من نطاقها حالتنا القائمة ٠ أيضا لا يفيد تطبيق نظرية الاستغلال لعدم توافر عنصرها النفسى على الواقعة محل البحث٠

ـ الثانى : ـ

اذا كان الموجب يعلم بصدور الأمر عند استلام القبول ولم يبادر الى ابلاغ الطرف الآخر بذلك فانه لا يعد مرتكبا لأى خطأ سواء خطأ عقديا لأن العقد لم ينشأ بعد وحتى لو أخذ بنظرية العالم الألمانى "اهرنج" والخاصة بالمساءلة عن الأخطاء التى ترتكب عند تكوين العقد نجد أنها غير ملائمة كذلك لأن مناط المساءلة على أساسها يكمن فى الأخطاء التى تحول دون نشوء العقد أما سكوت الموجب عن عدم ابلاغ الحادثة فانه قد يؤدى الى نشوء العقد ٠

وليس من المناسب القول بأن الموجب قد اقترف خطأ تقصيريا لعدم ارتكابه مخالفة لواجب يفرضه القانون وحتى لو وجدت تلك المخالفة وسئل تقصيريا عنها فان العقد سوف ينشأ صحيحا ومنتجا لجميع آثاره ٠

وينتهى صاحب المذهب الى أنه ازاء قصور النظم القانونية السابقة عن معالجة الوضع فى المثال السابق ومادامت صفات الظرف الطارئ قد توافرت فى أمر اخراج السلعة من التسعير الجبرى فليس ما يمنع من تطبيق النظرية طالما أن القانون لم يأخذ بشرط التراخى ٠

ثانيا : تقييم المذهب : ـ

يبين من استعراض المذهب السابق مدى اختلاف منطلق البداية عن نقطة النهاية ويتضح ذلك من التقييم الآتى : ـ

(١) يرى صاحب المذهب جواز الأخذ بأحكام الظروف الطارئة حتى وان حدث الظرف الطارئ فى وقت سابق على ابرام العقد وتلك بداية خاطئة لأن مراجعة التزامات المدين التعاقدية بناء على حدوث ظرف طارئ لم تكن فى بداية الأمر طبقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة وانما كانت على سبيل الاستثناء من مبدأ لزوم العقد والذى كان يجد أساسه فى مبدأ سلطان الارادة بمعنى أن للانسان ارادة حرة فى أن يلزم نفسه من عدمه فان اختار الطريق الأول فان المشرع كان يأخذ بيده وينير له الطريق بما شرعه من قواعد قانونية تعد دستورا لمن يقدم على التعاقد حتى يضمن المشرع لارادته تمام حريتها وخلوها من العيوب فاذا نشأ العقد هكذا فلا يقبل من الشخص التحلل من التزاماته التعاقدية لأى سبب اذ أنها نشأت فى ظل ظروف صحية تحت رعاية المشرع ومن هذا المنطلق وجد مبدأ سلطان الارادة قوته ومتانتة لدرجة أنه لم يكن يقبل تحت أى ظرف المساس به ٠

ولكن لوحظ أنه أحيانا ماتحدث ظروف بعد ابرام العقد لايد للمتعاقد فيها وتجعل تنفيذ التزامه مرهقا له ومهددا اياه بخسارة فادحة فبدأت المناداة بضرورة اعادة النظر فى مثل تلك الالتزامات الا أن مبدأ انقاذ المتعاقد المنكوب لم يكن ليرجح مبدأ سلطان الارادة وبالتالى مضى حين من الدهر على هذا الوضع الى أن

بدأ مشرعوا الدول يرضخون تحت وطأة الظروف الطارئة للاعتـــراف بهذه النظرية وعلى ذلك ارتبط نشوء النظرية بمرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية أما في مرحلة تكوين العقد فليس هناك مايجبر الشخـص على الاقدام للارتباط بالعقد في ظل ظروف غيرمواتية ٠

(٢) يرى صاحب المذهب أن العملية العقدية كانت قد اكتملت قبل حدوث الظرف الطارئ وهو صدور الأمر فضلا عن أن كلا المتعاقدين لـــم يتوقع صدور مثل هذا الأمر ٠

ويؤكد ذلك بقوله أنه وان كانت بعض النظم القانونية قد التزمت بمذهب العلم بالقبول الا أن ذلك يستند لنظرية الارادة الظاهرة والتي انتهى الى تفنيدها والى أن الارادة الباطنه هي الأســاس الحقيقي لكل المسائل الارادية ٠

وتعليقا على ذلك نرى أن صاحب المذهب المتقدم يريد تأكيـد أن العقد قد تم وأبرم قبل حدوث الظرف الطارئ لأن الأخذ بمنطق العلم بالقبول (وهو مارفضه صاحب المذهب) يعني أن العقـــد لا يتم ابرامه الا اذا علم الموجب بالقبول وبالتالي يكون الظرف الطارئ (في المثال السابق) قد وقع قبل ابرام العقد أما وقد حبذ صاحب المذهب الأخذ بمنطق الارادة الباطنة فان العقد يتحدد زمانــه وفقا لهذا المنطق بزمان ومكان القبول ٠

وبتطبيق ذلك على المثال السابق نرى أن العقد كان قد تــم لحظة قبول الموجب له (الموجه اليه الايجاب) وبالتالي يكون الظرف الطارئ (خروج السلعة من التسعير الجبري) قد حدث بعـــد ابرام العقد مما يدعونا الى الاحتكام للمذهب الثالث السابق ايضاحه

(٣) مما يثير الدهشة فعلا أن صاحب المذهب بعد أن صرح بأن الظرف الطارئ قد حدث بعد ابرام العقد وجدناه يفرق لنا بعد ذلك بين فرضين : الأول ويفترض فيه أن الموجب لم يعلم بصدور الأمر عند استلام القبول والثاني ويفترض فيه أن الموجب كان يعلم بصدور ذلك الأمر ٠

وبادئ ذي بدء أعتقد أن هناك نوع من التناقض أمام تلك الحقائق وذلك من عدة وجوه على النحو التالي : ــ

أ ــ أنه اذا انتهى الى أن العقد قد تم ابرامه قبل حدوث الظرف الطارئ فما أهمية موقف الموجب بعد صدور القبول وتمام العقد بل ان الموجب بعد ذلك لا يسمى موجبا بل يسمى متعاقدا (دائنا كان أو مدين) لأن صفة الموجب استمدها من كونه صاحب الدعوة الى التعاقد فاذا ماتم العقد تحول كل من الطرفين (موجب وقابل) الى وصف المتعاقد ٠

يضاف لذلك أن مسألة استلام القبول في الفرض السابق هي من قبيل الاعلام الذي لا يترتب عليه أي أثر سوى التنبيه بتمام العقد وضرورة قيام كل طرف بتنفيذ ما التزم به (سنرى عكس ذلك عند تناولنا لموقف المشرع المصري اذ الاعلام شرط كي ينتج التعبير أثره) بمعنى أن الموجب ما كان يستطيع أن يتحلل من العقد بعد قبول الموجب له وقبل استلام الموجب لهذا القبول ٠

ب ــ انتهى صاحب المذهب في خاتمة كلامه الى أن خروج السلعة من التسعير الجبري قد توافرت فيه أوصاف الظرف الطارئ ومن بين تلك الأوصاف بلاشك العمومية والتي تعني الشمول والاستغراق بمعنى

أن أمر خروج السلعة من التسعير الجبرى لم يكن بالأمر الخفى سواء بالنسبة للموجب أو الموجب له وهذا ما تقصد اليه السلطة العامة حتى يرتب الأفراد أوضاعهم بناء على ذلك أما ماساقه صاحب المذهب فينبئ أن هذا الأمر كان من قبيل الأسرار التى قد يتوافر علمها للبعض دون الآخرين وهذا أمر لو حدث لما كنا بصدد ظرف طارئ .

جـ ـ أشار صاحب المذهب من بين ما أشار اليه فى هذه النقطة الى مسألة الغلط فى القيمه وانتهى الى استبعاده من دائرة البحث بمقولة أن كلا القانونين المصرى والفرنسى لايعتد بهذا الغلط اذ هو لا يؤثر على العقد وحقيقة الأمر أن القانون الفرنسى لايعتد بالغلط فى القيمة على أساس انطوائه على غبن والأخير ليس بذاته سببا من أسباب البطلان الا فى حالات خاصة وبشروط محددة. أما القانون المصرى فقد أخذ بالغلط فى القيمة كسبب من أسباب طلب الابطال (م ١٢١ مدنى) متى كان هذا الغلط هو الدافع الى التعاقد . (٣٤٣)

د ـ باستقراء موقف المشرع المصرى فى هذا الصدد نجد أنه كان مخيرا للأخذ بصدد التعاقد بين غائبين بأحد مذاهب أربعة تتنازع هذا

---

٣٤٣ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص ٢٥١ ، ٢٥٨ ، د. السنهورى ـ الوسيط العقد ـ ص ٣٩٧ ، د. عبد الحى حجازى ـ موجز النظرية العامة للالتزام ـ بقية المصادر الارادية ـ أمراض العقد والارادة المنفردة طبعة سنة ١٩٦٣ ص ١٢ .

الأمر نستعرضها فى عجالة وهى : ـ (٣٤٤)

(١) مذهب اعلان القبول : ـ

يرى أنصار هذا المذهب أن العقد توافق ارادتين فمتى أعلن الطرف الآخر قبوله للايجاب المعروض عليه فقد توافقت الارادتان وتم العقد .

(٢) مذهب تصدير القبول : ـ

ويشترط أنصار هذا المذهب فضلا عن اعلان القبول أن يكون هذا الاعلان نهائيا لا رجعة فيه ولا يكون ذلك الا بارساله الى الموجب بحيث لا يملك القابل استرداده .

(٣) مذهب تسليم القبول : ـ

وجوهر هذا المذهب هو أن القبول لا يكون نهائيا بتصديره اذ يمكن استرداده ولذا يجب فضلا عن ذلك وصوله الى الموجب سواء علم به أم لم يعلم .

---

٣٤٤ ـ فى تفصيل هذه المذاهب : ـ د. السنهورى ـ المرجع السابق ص٣٠٩ ، د. البدراوى المرجع السابق ص٢١٨ ، د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص١٢٤ ، د. جميل الشرقاوى المرجع السابق ص٢٨١ ، د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص ١٢٢ ، د. احمد سلامة المرجع السابق ص١٠٦ حيث لم يشر سيادته الا لمذهب العلم بالقبول على اعتبار أنه هو الذى اختاره المشرع المصرى .

(٤) مذهب العلم بالقبول : ـ

لا يكتفى أنصار هذا المذهب بتسليم القبول بل يشترطون علم الموجب به شأن كل ارادة يراد بها أن تنشئ أثرا قانونيا اذ لا يترتب هذا الأثر الا اذا علم بها من وجهت اليه ٠

والأخذ بأى مذهب من تلك المذاهب يترتب عليه عدة نتائج تتعلق بمسألة العدول عن الايجاب أو القبول ٠

فاذا عدل الموجب عن ايجابه ووصل العدول الى علم القابل بعد اعلان القبول وقبل علم الموجب به فان العقد يتم وفقا لمذهب اعلان القبول ولا يتم وفقا لمذهب العلم بالقبول ٠

كذلك لو عدل من صدر منه القبول ووصل العدول الى الموجب قبل وصول القبول فان العقد يتم وفقا لمذهب اعلان القبول في حين لا يتم وفقا لمذهب العلم بالقبول ٠

هذا ولم يتفق مشرعوا الدول على رأى واحد بشأن تلك المذاهب الا أن المشرع المصرى قد آثر الأخذ بمبدأ العلم بالقبول اذ نصت المادة (٩٧) من القانون المدنى على الآتى : ـ "

١ ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ٠

٢ ـ ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول " ٠

وبتطبيق مذهب التقنين المدنى المصرى على المثال السابق نرى أ ن

العقد حتى لحظة حدوث الظرف الطارئ لم يكن قد تم ابرامه بعد اذ أن الموجب لم يعلم بالقبول لعدم وصول الرسول اليه حتى لحظة خروج السلعة من التسعير الجبرى ٠

وعلى ذلك تكون معالجة هذا الوضع بعيدة تماما عن أحكام نظريـــة الظروف الطارئة اذ أنها كما سبق القول تفترض وجود عقد ٠

ومن العجب أن صاحب المذهب قد أردف مذهبه بمقولة مفادها جواز تطبيق أحكام النظرية على خروج السلعة من التسعير الجبرى طالمـــا أن القانون (يقصد المصرى) لم يأخذ بشرط التراخي ويثور التساؤل : وهل يمكن وصف غير العقد بأنه متراخي ؟ الاجابة على ذلك هي بالنفى حتما ٠

صفوة القول من محصلة ماسبق أننا بصدد حادث استثنائى عام وقـــع قبل تمام العقد مما يعني ضرورة ايجاد حل لذلك٠

ثالثا : رأينا الخاص فى المسألة : ـ

بادئ ذى بدء يثير لنا المثال السابق المفترضات الآتية : ـ

(١) تنص المادة (٩١) من القانون المدنى على الآتى : " ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه " ٠

وهذه المادة تسن القاعدة بخصوص أثر التعبير عن الارادة فبداية تقرر أن هذا الأثر منشئ وليس كاشفا بمعنى أن العقد لايتم ابرامـــه الا من وقت علم الموجب بالقبول وليس قبل ذلك وبعبارة اخرى ليـــس لانتاج التعبير عن الارادة لأثره من أثر رجعى ٠

ومن ناحية ثانية وبما أن التعبير عن الارادة لاينتج أثره الا من

وقت علم الموجه اليه فمعنى ذلك أن هذا التعبير بمجرد صدوره من صاحبه يكون له وجود مادى أما اذا اتصل بعلم من وجه اليه فيكون له وجود قانونى يتمثل فى صلاحيته لأن ينتج أثره فان كان ايجابا ووصل لعلم الموجه اليه يصبح صالحا لأن يقترن به قبول وان كان قبولا واتصل بعلم الموجب انتج أثره وهو انعقاد العقد. (٣٤٥)

وهذا ما اكدته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى بقولها : " فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره اذ يصبح عملا قانونيا قائما لا يتأثر وجوده بوفاة من صدر منه أو بفقد أهليته وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تفريعا على ذلك وهذا لا يتحقق الا فى الوقت الذى يصل فيه التعبير الى من وجه اليه ". (٣٤٦)

ومن النتائج التى تترتب على أن التعبير لا ينتج أثره الا من وقت علم من وجه اليه أن صاحب هذا التعبير يستطيع العدول عنه قبل وصوله لمن وجه اليه.

ولذلك قضت محكمة النقض بأن : " مفاد نص المادة (٩١) من القانون المدنى أن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره اذا أثبت من من وجه اليه أنه لم يعلم به وقت وصوله وكان عدم العلم لا يرجع الى خطأ منه ". (٣٤٧)

---

٣٤٥ ــ د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٥٢٣ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص٩١ ، د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص١٨٨ .

٣٤٦ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص١٩ ــ ٢٠ .

٣٤٧ ــ نقض مدنى ١٩٧٢/١/١٩ ــ م نقض م ــ ٢٣ ــ ٦٧ ــ محمد كمال عبد العزيز ص٢٤٧ .

نخلص من كل ماسبق أن الايجاب في المثال السابق قد استكمل وجوده المادى والقانونى أما القبول فحتى لحظة حدوث الظرف الطارئ لم يكن له سوى وجود مادى فقط .

(٢) لا يمكن القول بامكان تطبيق أحكام الظروف الطارئة على المثال السابق لعدم وجود العقد حتى لحظة خروج السلعة من التسعير الجبرى وبالتالى يدور البحث عن حل تلك المسألة فيما سنه المشرع من أحكام لمرحلة ماقبل التعاقد .

(٣) اذا ننتهى الى أن حل تلك المسألة يكمن فى مدى جواز عدول القابل عن قبوله خاصة وأن الظرف الطارئ حدث قبل أن يستكمل القبول وجوده القانونى اذ لم يصل لعلم الموجب .

ولكن ليس بامكان الموجب له سحب القبول فى كل الحالات اذ من الممكن أن يكون الرسول أسرع باعلام الموجب بالقبول قبل ان يتمكن الأول من العدول وهنا نتساءل عن الحل الأمثل لتلك الحالة ؟ .

وأخيرا وتتمة للفائدة نعالج فرضا لم يتطرق له صاحب المذهب وهو حدوث الظرف الطارئ (خروج السلعة من التسعير الجبرى) لحظة علم الموجب بالقبول أو بعد ذلك بوقت يسير وكان العقد عقد بيع فورى وليس عقد توريد . ونعالج تلك الفروض تباعا .

أ ــ مدى امكانية سحب القبول الذى لم يتصل بعلم الموجب : ــ

سبق لنا ايضاح أن القبول فى المثال محل المناقشة وحتى لحظة حدوث الظرف الطارئ كان له وجود مادى فقط بمعنى أنه قاصر عن

أن ينتج أثره لعدم استكمال وجوده القانونى ٠

ومعنى ذلك أن القبول مازال على ملك صاحبه يستطيع أن يعدل عنه أو يمضى فيه وقد يغير فيه اما بالاضافة اليه أو الاجتزاء منه ٠

وفى المثال محل المناقشة لو مضى الموجب له فى قبوله وتم العقد فان ذلك فى غير صالحه ولا شك أن الأشخاص يرتبون أوضاعهم التعاقدية بما يحقق لهم اكبر فائدة بأقل مقابل وتلك سنة البشر وشريعة التعامل ولذلك نرى أن بعض المتعاقدين بعد مضيهم فى تنفيذ العقد لو ترك الأمر لهم لفكوا عقدة الالتزام لمجرد شكهم أو تيقنهم من أنهم سيتعرضون لخسارة يسيرة هى من مألوف التعامل فما بالنا والخسارة فى المثال محل المناقشة جسيمة وارهاقها فادح لا شك أن القابل والأمر مازال بيده سيتخذ اجراء فوريا يعيد لحساباته توازنها الأول خاصة وأنه يستعمل رخصة منحها له القانون وتتمثل فى أن قبوله طاما لم يتصل بعلم الموجب فله الحق فى العدول عنه ٠

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن : " مؤدى المادتين ٩١ ، ٩٣ من القانون المدنى أن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره الا من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه فاذا كان الموجب قد التزم فى ايجابه بالبقاء على هذا الايجاب مدة معينة فان هذا الايجاب لا يلزم الموجب الا من وقت اتصال علم من وجه اليه به والى هذا الوقت يعتبر أن الايجاب لا يزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ماهو الا صورة من صور العدول لا يملكه

الا فى الفترة السابقة على وصول الايجاب الى علم من وجه اليه ". (٣٤٨)

وواضح أن هذا الحكم وقد تناول المادتين (٩١، ٩٣) فانه يتحدث عن التعبير عن الارادة بصفة عامة (م ٩١) سواء كان ايجابا أو قبولا ثم يتناول حكم الايجاب الملزم (م ٩٣) وما يسرى على الايجاب هو ذاته مايسرى على القبول باعتبار أن كليهما تعبير عن الارادة فهو فى حوزة صاحبه طالما لم يصل الى علم الموجه اليه .

وقد ورد فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى بشأن المادة (٩١) ما يأتى : " تتناول هذه المادة تعيين الوقت الذى يصبح فيه التعبير عن الارادة نهائيا لايجوز العدول عنه ". (٣٤٩)

ب ـ وصول القبول لعلم الموجب قبل أن يتمكن الموجب له من سحبه : ـ

يعالج هذا الفرض حالة عدم تمكن الموجب له من سحب أو تعديل قبوله ونتيجة لذلك وصل القبول لعلم الموجب وبالتالى يكون الأمر قد خرج من يد الموجب له وتم ابرام العقد وليس أمامه سوى الانصياع لأحكامه طبقا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " .

ويثور التساؤل حول حل مثل تلك المشكلة بعد أن فلت الزمام من يد القابل ؟ .

لا شك أن أقرب الحلول من وجهة نظرى هو الاحتكام لمبادئ الغلط وخاصة الغلط فى القيمة والذى أخذ به المشرع المصرى .

---

٣٤٨ ـ نقض مدنى ١٠/٤/١٩٥٨ ـ م نقض م ـ ٩ ـ ٣٥٩ ـ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٤٧ .

٣٤٩ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ١٩ .

كما سبق القول . (٣٥٠)

والغلط بصفة عامة هو توهم غير الواقع وهذا الأمر وقع حكما في المثال محل المناقشة وتفصيل ذلك أن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره الا من وقت علم من وجه اليه هذا التعبير (م٩١) وكذلك في التعاقد بين غائبين يتحدد زمان ومكان العقد بزمان ومكان علم الموجب (م٩٧) .

فاذا كان الأمر كذلك وطبقناه على المثال محل المناقشة فسنجد أن الفترة التي أصدر فيها الموجب له قبوله تحدد زمنيا بالوقت مابين صدور هذا القبول واللحظة السابقة مباشرة لعلم الموجب بمعنى أن القبول خلال هذه الفترة يكون في حوزة القابل فان عدل عنه بأى صورة لا يكون بذلك قد مس حقا ثبت للطرف الآخر وان سكت ولم يعدل فكأن ارادته بالقبول تنسحب على كل الفترة الزمنية المشار اليها .

وبعبارة أخرى فان اللحظة السابقة مباشرة لعلم الموجب هي تلك اللحظة التي ننظر اليها وكأن القابل قد أصدر قبوله فيها لأنها هي التوقيت الأخير الذى يتبقى له كي يقول رأيه في قبوله اما بالمضى فيه أو سحبه أو تعديله فان مضت تلك الفترة واتصل القبول بعلم الموجب تم العقد .

من جماع ماسبق ومع تسليمنا بأن اللحظة الأخيرة والسابقة

---

٣٥٠ ــ يراجع : د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٢٥٨ ، د. اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٩٥ ، د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٣٩٧ .

مباشرة على علم الموجب هى وكأنها اللحظة التى صدر فيها القبول وبذلك يكون الظرف الطارئ قد حدث قبل قبول الموجب له أى قبل تمام العقد ونظرا لأن قبوله يوحى بتوهمه لسعر السلعة على خلاف الواقع فضلا عن أنه لم يستطع العدول عن قبوله مع اتجاه ارادته الباطنه لذلك العدول فمعنى هذا أن القبول الذى اتصل بعلم الموجب كان مشوبا بعيب الغلط الذى يؤثر فى الثمن مما يجيز له طلب الابطال للغلط فى القيمة ٠

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالآتى : " الغلط يجعل العقد قابلا للابطال اذا كان غلطا يؤثر تأثيرا كبيرا فى الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية فى التعاقد ". (٣٥١)

جـ ـ حدوث الظرف الطارئ لحظة علم الموجب بالقبول أو بعد ذلك بوقت يسير: ـ

الفرض فى هذه الحالة أن الظرف الطارئ قد حدث لحظة علم الموجب بالقبول أو بعد ذلك بوقت يسير مع كون العقد من العقود الفورية كعقد البيع المنجز وتم بين غائبين على الوضع الذى تم فى المثال محل المناقشة ٠

لا شك أن هذه الحالة تعد مثالا فريدا وتطبيقا ممتازا للمذهب الثالث السابق ترجيحه والذى يرى جواز تطبيق أحكام النظرية على العقود الفورية اذا حدث الظرف الطارئ بعد ابرام العقد مباشرة ٠

---

٣٥١ ـ استئناف مختلط ١٩٢٢/٣/٢٥ ـ م٣٦ ص٢٦١ مشار اليه د٠ السنهورى ـ المرجع السابق ص ٣٩٨ ٠

الفرع الثانى
العقد المحدد والعقد الاحتمالى

تفترض نظرية الظروف الطارئة أن هناك تفاوتا جسيما فى مراكز طرفى العقد لذلك فقد أناط المشرع بالقاضى اعادة الأمور ـ بقدر الامكان ـ الى نصابها وذلك لأن كل طرف فى العقد قد حصر نطاق التزامه التعاقدى فى جملة أداءات محددة ويعلم مداها عند ابرام العقد ولكن يأتى الظرف الطارئ بما هو غير متوقع مما يجيز للطرف الذى أضير من جراء هذا الظرف طلب رفع هذا الارهاق الذى أصابه أو التخفيف منه وهذه النوعية من العقود تسمى بالعقود المحددة .

غير أن هناك صنف آخر من العقود يسمي بالعقد الاحتمالى أثار حوله الخلاف من حيث مدى صلاحيته لأن تطبق عليه أحكام الظروف الطارئة وجوهر الخلاف يكمن فى أن طبيعة العقد الاحتمالى تجعل كلا المتعاقدين يتوقع اختلال مركزه فى العقد اختلالا جسيما وذلك منذ بدء العلاقة التعاقدية فاذا كان الأمر كذلك وعلمنا أن من شروط تطبيق نظرية الظروف الظروف الطارئة كون الظرف الطارئ غير متوقع لبدا لنا على الفور مكمن الخلاف ومبرراته .

ومع ذلك فانى أرى أن المعالجة العلمية لا تقف عند حد العموميات اذ لابد لنا من تقليب المسألة على اكثر من وجه حتى تظهر لنا الحقيقة سافرة مما يعنى ضرورة القاء نظرة سريعة على كل من العقد المحدد وذلك الاحتمالى للتعريف بهما فى عجالة تفى بالغرض الذى نحن بصدده .

أولا : العقد المحدد :ـ

يعرف العقد المحدد بأنه العقد الذى يعلم فيه كل متعاقد وقت التعاقد وبوضوح مقدار ما سيأخذه وما سيعطيه وبعبارة أخرى مقدار غنمه وغرمه بصرف النظر عن التعادل بين المقدارين وهذا الأمر ينطبق على العقود الملزمة للجانبين باستثناء العقود الاحتمالية. (٣٥٢)

ففى عقد البيع مثلا يستطيع البائع وقت التعاقد أن يتبين قدر المبيع الذى يلتزم بنقل ملكيته والثمن الذى يجب دفعه مقابلا لذلك ونفس الحال بالنسبه للمشترى.

ويلاحظ أخيرا أن العقد المحدد بطبيعته يمكن أن يصبح احتماليا نتيجة للاتفاق كمن يبع أرضه لآخر ويكون المقابل ايرادا مرتبا يدفعه المشترى طيلة حياة البائع. (٣٥٣)

ثانيا : العقد الاحتمالى :ـ

العقد الاحتمالى هو ذلك العقد الذى لايعلم فيه كلا الطرفين وقت التعاقد مقدار ما سيعطى وما سيأخذ وبعبارة أخرى لايعلم كل منهما مقدار غنمه وغرمه وانما يتوقف تحديد ذلك فى المستقبل وتبعا لحدوث امر

---

٣٥٢ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٣٤٦ ، د. السنهورى ـ المرجع السابق ص٢٠٢ ، د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٤٠ ، د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص ٦٢ .

٣٥٣ ـ د. جميل الشرقاوى ـ المرجع السابق ص ٦٨ .

غر محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . (٣٥٤)

وعلى ذلك فمن يبرم عقدا احتماليا لا يدرى ما اذا كان يعود عليه بالنفع أم يعود عليه بالضرر فكلا الأمرين وارد .

مثال ذلك : البيع بثمن هو ايراد مرتب مدى الحياة فذلك عقد احتمالى بالنسبة لطرفيه فالبائع يعلم مقدار ماقدم وهو المبيع ولكنه لايدرى مقدار الثمن لأن ذلك متوقف على مقدار الزمن الذى سيحياه والمشترى يعلم مقدار ما أخذ ولكنه لايعلم مقدار ما سيعطى لأن الأمر متوقف على الكم الزمنى لحياة البائع وذلك أمر غيبى لا يعلم نهايته الا الله سبحانه وتعالى .

ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقد التأمين والرهان والمقامرة .

ويلاحظ أن عنصر الاحتمال فى العقد لا يقف عند حد العقود الملزمة للجانبين فقط وانما يمتد ليغطى كذلك العقود الملزمة لجانب واحد . فعقد التبرع قد يكون احتماليا كما فى عقد ايراد مرتب مدى الحياة بدون عوض، اذ لا يستطيع الواهب فى هذا العقد أن يحدد القدر الذى يعطى كما لايستطيع الموهوب له أن يحدد القدر الذى يأخذ . (٣٥٥)

وبعد أن فرغنا من التعريف بكلا العقدين نبادر الى القول بأن هناك

---

٣٥٤ ــ د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٢٠٣ ، د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٣٤٣ .

٣٥٥ ــ د. عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص٧١ ، د. السنهورى ــ المرجع السابق نفس الموضع وعكس ذلك د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٣٤٦ ، د. احمد سلامة ــ المرجع السابق ص٧ فيذهبان الى القول باقتصار عنصر الاحتمال على العقود الملزمة للجانبين .

اجماع من الفقه على جواز تطبيق أحكام النظرية على العقود المحددة الا أن الخلاف قد ثار حول مدى تطبيق أحكام تلك النظرية على العقود الاحتمالية.

ونتناول بداية موقف الفقه من تلك المسألة ثم أتلوها ببيان رأينا الخاص.

أولا – موقف الفقه : –

لم تجتمع كلمة الفقه حول مدى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية بل يمكن القول بأن هناك ثلاثة مذاهب الأول ينكر امتداد تطبيق النظرية على العقود الاحتمالية والثانى يرى تطبيق أحكامها على تلك العقود أما المذهب الثالث فقد آثر الصمت ولم يتناول المسألة ولو بالتنويه. (٣٥٦)

وبذلك يبقى أمامنا المذهبان المتعارضان ولنستعرض موقف كل منهما على النحو التالى : –

– المذهب الأول : – (٣٥٧)

ويرى أنصار هذا المذهب أن أحكام نظرية الظروف الطارئة وقف فى تطبيقها على العقود المحددة دون الاحتمالية وتعللوا لذلك بحجج كثيرة منها الآتى : –

(١) أن العقود الاحتمالية تعرض بطبيعتها كلا من العاقدين لاحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة فالارهاق متلازم مع طبيعتها ومتوقع

---

٣٥٦ – د. عبد المنعم البدراوى ، د. السنهورى ، د. جميل الشرقاوى ، د. اسماعيل غانم ، د. حشمت أبو ستيت.

٣٥٧ – د. احمد سلامة المرجع السابق ص١٦١ ، د. عبد المنعم فرج الصدة=

من المتعاقدين منذ التعاقد فى حين أن نظرية الظروف الطارئة فى أصلها تقوم على عدم توقع ذلك .

(٢) تقوم هذه العقود على فكرة المضاربة ومن المفروض أن يتوقع المضارب أى شئ فلا يجوز له أن يطلب تعديل التزامه استنادا الى تغير الظروف لتنافى ذلك مع طبيعة عقد المضاربة .

(٣) فى عقود المضاربة فى البورصة سواء فى ذلك بورصة الأوراق المالية أم البضائع لا محل لاعمال نظرية الظروف لأنه يمكن لمن يتوقع خسارة فادحة أن يتفاداها بعملية عكسية .

ويتضح من الحجج التى ساقها هذا الفريق مدى تركيزه على جعل عنصر الاحتمال هو محك الأمور بالنسبة للالتزامات المتولدة من العقد الاحتمالى بمعنى أن هذه الالتزامات حتى تلك التى لم يشملها عنصر الاحتمال قد اصطبغت بصبغة الاحتماليه بما يعنى استبعاد النظرية تماما عن هذا العقد .

ولم يقف أمر انكار تطبيق أحكام النظرية على الفقه العربى — فقط — بل ان لذلك الانكار صداه لدى الفقه والقضاء الايطالى (٣٥٨) فلقد قضت

= المرجع السابق ص٣٣٦ ، د. سليمان مرقس — المرجع السابق ص٤٢٢ ، د. أنور سلطان — المرجع السابق ص٣٨١ ، أسعد الكورانى — المرجع السابق ص٢٢٩ ، د. شمس الدين الوكيل — المرجع السابق ص١٤٩ ، د. جلال العدوى — أصول المعاملات طبعة ١٩٦٧ ص٨٩ .

٣٥٨ — د. عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٧٧ حيث أشار الى الفقهاء الايطاليين الذين يعارضون تطبيق أحكام النظرية على العقد الاحتمالى وهم : براتشاننى ص٤٧ ، ديفوتو الالتزام المستمر التنفيذ ص٣٦١ ، مسينيو — نظرية العقد ص٥١٦ ، دى مارتينى ص٣٢ .

محكمة بولونيا فى ١٠/٨/١٩٤٦ بأن : " المادة (١٤٦٧) لاتطبق على عقد الايراد المرتب لمدى الحياة حتى عندما يكون الارهاق ناشئا من حوادث أجنبية عن الاحتمال الخاص بذلك العقد ". (٣٥٩)

ـ المذهب الثانى : ـ (٣٦٠)

يرى أنصار هذا المذهب جواز تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية .

وتكمن حجة هذا المذهب فيما ردده أستاذنا المغفور له د/ عبد الحى حجازى من : " أن العقد لايلحقه الطابع الاحتمالى الا بالنسبة لاحتمال معين وليس بالنسبة لسائر الاحتمالات الأخرى أى أن العقد الاحتمالى يكون له هذا الطابع بالنسبة لاحتمال خاص يحدده تكوين العقد ووظيفته النموذجيه أو الاتفاقات الخاصة التى وضعها المتعاقدان وفيما يجاوز حدود هذا الاحتمال الخاص يعتبر هذا العقد غير احتمالى فليس ثمة سبب منطقى للقول بأن نية المتعاقد مواجهة احتمال معين تستتبع حتما نية مواجهة كل احتمال آخر ". (٣٦١)

---

٣٥٩ ـ محكمة بولونيا فى ١٠/٨/١٩٤٦ ـ مجلة القانون التجارى ص٢٣٥ ـ مشار اليه د. عبد الحى حجازى ص٥٧٩ هامش (٢) .

٣٦٠ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٧٨ ، د. حسبو الفزارى المرجع السابق ص٢٧٥ يحيى خير المحامى " نظرية الحوادث الطارئة " ص١٩ مشار اليه ـ أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص٢٢٩ .

٣٦١ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع .

ويضيف أنصار هذا المذهب حجة أخرى مفادها أن عمومية نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدنى لا تسمح بالقول أن نظرية الحوادث الطارئة لا تطبق على العقود الاحتمالية. (٣٦٢)

وكذلك الأمر فقد أيدت محكمة النقض السورية تطبيق أحكام النظرية على العقود الاحتمالية وذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٥٥/١٢/١٣ أستنادا الى عمومية نص المادة (٢/١٤٨) مدنى سورى واطلاقه فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة. (٣٦٣)

وتجدر الاشارة الى أن من الفقهاء الايطاليين من يؤيد تطبيق أحكام النظرية (١٤٦٧) على العقود الاحتمالية شأنها فى ذلك شأن العقود المحددة. (٣٦٤)

ثانيا — رأينا الخاص فى المسألة : —

بعد استعراض وجهة نظر كل من المذهبين السابقين يبدو لنا بوضوح مدى وجاهة ما وصل اليه المذهب الثانى من نتائج أبرزها لنا عماد هـذا

---

٣٦٢ — يحيى خير المحامى — المرجع السابق نفس الموضع.

٣٦٣ — أسعد الكورانى — المرجع السابق نفس الموضع.

٣٦٤ — انظر : د. عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص٥٧٨ حيث أشار لبعض هؤلاء الفقهاء وهم : أوستى : المادة (٦١) من القانون التجارى وفكرة الظروف الطارئة مجلة القانون التجارى ١٩١٦ — ١ — ٣٦٦ بوفا — حول امكان تطبيق المادة (١٤٦٧) على عقد الايراد المرتب مدى الحياة — مجلة القانون التجارى ١٩٤٧ — ٢ — ٢٣٥.

الفريق أستاذنا الدكتور/ عبد الحى حجازى والتى انتهى من خلالها الى امكان تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية وهـــذا رأى منطقى ويتفق مع الفن القانونى (la technique juridique) وان كان لى أن أزكى هذا الرأى الا أن مبرره الذى ساقه فى هذا الصدد يحتاج لمزيد من التفصيل حتى تتضح الأمور بجلاء أكثر ·

بادئ ذى بدء يمكن القول بأن كافة العقود (محددة واحتماليـــة) تحف بها جميع الاحتمالات التى لاتبدو لها أمارات وقت ابرام العقد كذلك لايعلم المتعاقدان ان كانت ستحدث فى المستقبل أم لا ووقت حدوثها ·

الا أن الفرق بين العقد المحدد والاحتمالى فى هذه النقطة يكمـن فى أن الأول يرتضى فيه المتعاقدان تحديد التزام كل منهما بكم مـــن الأداءات محدد سلفا وليس معنى ذلك أنهما بمنجى من اختلال التـــوازن الذى يهدد بخسارة جسيمة كل ما فى الأمر أنهما لايتوقعان مثل هـــذا الاختلال فى المستقبل لأن الظروف التى أبرم فى ظلها العقد لاتشير الى أن شيئا مـن ذلك سيحدث فى المستقبل بل ان احتمال ذلك أمر يستبعده كلا المتعاقدين ضمنا وقد رأينا أن أساس النظرية يتبلور فى ذلك الشـرط الضمنى ببقاء ظروف التعاقد على حالها فترة تنفيذ العقد فاذا حـــدث ظرف طارئ بعد ابرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه جاز للمتعاقـــد المهدد بخسارة فادحة أن يطلب اعادة النظر فى التزامه لحدوث مالـــم يتوقعه أو يقبل نتائجه وهنا يجاب لطلبه ·

أما فى العقد الاحتمالى فهو كسائر العقود فى كل مظاهره الا نقطـة واحدة ارتضى المتعاقدان أن يتركا كم أداءيهما بالنسبة لها رهن الظروف واحتمالات المستقبل بل ان اتفاقهما ينصب أساسا على جعل تلك النقطـة

بمثابة سبب التزام كل منهما والدافع الى التعاقد بما ينبىء أنها نقطة جوهرية وهى عنصر الاحتمال ٠

فاذا كان الأمر كذلك وكان العقد شريعة المتعاقدين فيجب أن يتقيد كل طرف بما ألزم نفسه به وقد ألزم كل منهما نفسه بتقبل النتائج الاحتمالية لهذه النقطة وفقا للسير الطبيعى للأمور وماعدا ذلك من بنود العقد فلم يحدث من أى من المتعاقدين أى تقبل للنتائج الاحتمالية خاصة اذا كانت تهدد أداء المتعاقدين بخسارة فادحة ٠

وطبقا لما سبق نستطيع القول بأن العقد الاحتمالى يشتمل على نوعين من الاحتمالات أحدهما خاص وهو الذى ينبع من طبيعة العقد وترتضيه ارادة المتعاقدين فاذا حدث الظرف الطارىء فان تأثيره على الاحتمال الخاص لا يجيز لأى طرف فى العقد الاحتمالى الاستفادة من أحكام النظرية ٠

وثانيهما هو الاحتمال العام وهو الذى يتجاوز حدود الاحتمال الخاص ويمكن تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليه شأنه فى ذلك شأن سائر العقود المحددة مثال ذلك : عقد الايراد المرتب مدى الحياة من العقود الاحتمالية ويتمثل الاحتمال الخاص لهذا العقد فى مدة حياة الشخص والتى على أساسها يتحدد مدى التزام المدين بالايراد المرتب وعدا ذلك يخضع هذا العقد لما تخضع له سائر العقود من ذلك امكانية تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عند توافر شروطها بمعنى أنه لو حدث وانخفضت قيمة النقود انخفاضا فاحشا نتيجة لظرف طارىء مما جعل قيمة الايراد المرتب لا تغطى المظاهر المعيشية للدائن به عما تصوره أثناء ابرام العقد فنكون عندئذ بصدد نتائج غير منتظرة تجيز له أن يطلب اعادة النظر فى أداءات

العقد استنادا لحكم الظروف الطارئة ولا يجوز دحض هذه المطالبة بمقولة أن العقد احتمالى اذ أن قيمة الايراد النقدية لم تكن من بين الاحتمالات الخاصة للعقد ٠

ونفس الأمر لو أن شخصا باع أرضا زراعية له مقابل ايراد مرتب مدى الحياة ثم حدث ظرف طارئ تمثل فى حرب كان من نتيجتها القاء مواد كيماوية على هذه الأرض مما أضعف انتاجيتها الزراعية وبطريقة لاتفى بالايراد المرتب وفائض معقول للمشترى ففى هذه الحالة يمكن الاحتكام لنظرية الظروف الطارئة لأن ماحدث لم يكن من بين عناصر الاحتمال الخاص الذى ارتضاه الطرفان ٠

كذلك فى عقد التأمين على الحياة يتمثل عنصر الاحتمال الخاص فى أن المؤمن لا يعلم مدة حياة المستأمن وبالتالى فهو لا يعلم مقدار الأقساط التى سيحصلها وعما اذا كانت ستغطى مبلغ التأمين من عدمه كذلك لا يعلم المستأمن عما اذا كان سيدفع الأقساط كامله أم أن حياته ستكون قصيرة بحيث يدفع أقساطا قليلة ويغنم ورثته مبلغا كبيرا من شركة التأمين وهو الأمر الذى يمثل فى هذه الحالة بالنسبة للأخيرة خسارة فادحة ٠

فلو فرض وأن ظرفا طارئا تمثل فى فيضان عم البلاد وكان المستأمن من بين الغرقى بعد دفعه لأقساط قليلة فان المؤمن لا يستطيع المطالبة بتطبيق أحكام الظروف الطارئة على التزامه لأن ماحدث ــ وهو وفاة المستأمن ــ من بين الاحتمالات الواردة فى أى وقت حتى ولو كان حدوثها فى اطار ظرف طارئ ٠

وعلى العكس تماما لو أن ظرفا طارئا تمثل فى انخفاض حاد فى قيمة النقود لدرجة أن قيمة أقساط التأمين التى يدفعها المستأمن أصبحت

لا توازى التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين فهنا يجوز لشركة التأمين طلب اعادة النظر فى قيمة تلك الأقساط لأن ماحدث لم يكن من بين الاحتمالات المتفق على تقبل نتائجها مهما كانت٠

وان كان هناك بعض من الفقهاء (٣٦٥) يرى عدم جواز تطبيق النظرية على عقد التأمين لأن ارتفاع الأسعار وانخفاضها يقع على النقود وهى محل التزام كل من طرفى العقد والنظام العام يحول دون تعرض الأفراد أو القضاء لقيمة النقود التى يجب أن يكون أمرها بيد المشرع وحده٠

أما فى حالة المرتب مدى الحياة فان ارتفاع الأسعار وانخفاضها يقع على المواد الاستهلاكية التى يعيش عليها صاحب الحق فى المرتب مدى الحياة وبالتالى يمكن تطبيق أحكام النظرية على هذا العقد ٠

الا أننا لا نسلم بذلك لأن ارتفاع وانخفاض الأسعار هو فى النهاية متعلق بالنقود لأن قيم الأشياء تقدر عن طريق ربطها بالنقد ولذلك نرى أن كلا من المؤمن والمستأمن سيضار أيما ضرر من هذا الارتفاع والانخفاض كالدائن فى الايراد المرتب مدى الحياة تماما ٠

يضاف لذلك أنه اذا كانت العلة من تطبيق أحكام النظرية على عقد الايراد المرتب هو توفير الحياة الكريمة لصاحب هذا الايراد المرتب مدى حياته فاننا نقرر أن ذات العلة متوافرة بصدد عقد التأمين فالمستأمن يبغى من وراء مبلغ التأمين على الحياة أن يوفر حياة كريمة لورثته من بعده وشركة التأمين تبغى كذلك دعم مواردها لكى تغطى الحوادث المفاجئة والتى

---

٣٦٥ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٨٣ هامش(٤) ٠

تحدث على خلاف المألوف ولن يتأتى لها ذلك اذا لم ننظر فى قيمة التزامات المستأمنين تجاهها عند انخفاض قيمة الأقساط خاصة وأنها كشركة تعمل على رفع مرتبات موظفيها وحوافزهم بما يوازى ارتفاع الأسعار نتيجة انخفاض قيمة النقود ٠

الفرع الثالث

العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

اذا كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم أصلا بفض التنازع بين المصالح المتعارضه لطرفي العقد نتيجة لأثر الظرف الطارئ الذى يقلب مفهوم التوازن بين الطرفين ويهدد أحدهما بخسارة فادحة مما يتيح له اللجوء الى القضاء لاعادة النظر فى التزامه المرهق فاذا كان الأمر كذلك فانه قد يوحى بأننا بصدد عقد تبادلى ملزم لطرفيه كلاهما دائن ومدين فى نفس الوقت أى أن هناك تقابل فى الأداءات بالنسبة لطرفى العقد وهذا ما يسمى بالعقد الملزم للجانبين ٠ (٣٦٦)

ومثاله عقد البيع ففيه يلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه ويلتزم المشترى بدفع الثمن ٠

ولكن الأمر ليس على هذه الوتيرة دائما فى مجال الالتزامات العقدية لأن هناك ما يعرف بالعقد الملزم لجانب واحد ٠ وهو عقد لا ينشئ الا التزامات فى جانب طرف واحد من طرفيه فقط بحيث يكون أحدهما دائنا غير مدين والآخر مدينا غير دائن وأبرز مثال لذلك عقد الهبة والوديعة بغير أجر فهو ملزم للمودع لديه دون المودع ٠

---

٣٦٦ ـ انظر فى هذين التقسيمين : د٠ عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٧٩ ، د٠ حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص٥٨ ، د٠ اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص٦٢ ، د٠ عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص٦٢ ، د٠ محمد لبيب شنب ـ دروس فى نظرية الالتزام مصادر الالتزام ـ ص٥٢ ٠

والعقد الملزم لجانب واحد قد ينشأ عنه تصارع بين مصلحة طرفيه لسبب ما كحدوث ظرف طارئ مثلا . وهنا يثور التساؤل عن مدى جواز تطبيق أحكام تلك النظرية عليه ؟ .

بادئ ذى بدء لكى نكون بصدد عقد ملزم للجانبين لابد من توافر الشرطين الآتيين : ـ (٣٦٧)

(١) أن تكون هناك التزامات على عاتق كل من المتعاقدين .

(٢) أن تكون الالتزامات المتقابلة مصدرها العقد فاذا كان أحد الالتزامين مصدره العقد والآخر مصدره القانون فلا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين .

فالتزام البائع بنقل الملكيه يقابله التزام المشترى بدفع الثمن وهذان الأمران المتقابلان مصدرهما العقد .

وعلى العكس فالتزام الوديع بالمحافظة على العين المودعة التزام ناشئ من العقد والتزام المودع بدفع المصاريف التى أنفقها الوديع للمحافظة على العين المودعة ناشئ من القانون وهذان الالتزامان متقابلان ولكن ليس مصدرهما واحد ولهذا فان العقد لا يعتبر فى هذه الحالة ملزما للجانبين .

(٣) يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة الناشئة من نفس العقد مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا سببيا أى أن يعتبر كل منهما سببا فى الآخر .

فالبائع يلتزم بنقل الملكية لأن المشترى يلتزم بدفع الثمن والمشترى

---

٣٦٧ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٣٣٤ .

كذلك يلتزم بدفع الثمن لأن البائع يلتزم بنقل الملكية وهذا الالتزامان المتقابلان الناشئان من نفس العقد يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطا سببيا منذ نشوئهما .

أما اذا كان الالتزامان المتقابلان لا يرتبط أحدهما بالآخر فلا يكون العقد ملزما للجانبين .

فالتزام الوديع برد الوديعة أو بالمحافظة عليها قد يقابله في ذمة المودع التزام بدفع المصاريف التي يكون الوديع قد أنفقها في المحافظة على الوديعة الا أن هذين الالتزامين لا يرتبط أحدهما بالآخر .

وبعد أن فرغنا من القاء نظرة سريعة على ماهية كل من العقدين نود أن نتعرف على موقف الفقه من مدى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليهما .

بداية نبادر الى لفت النظر الى أن العقود الملزمة للجانبين لم تثر خلافا كثيرا بين جمهرة الفقه اذ شبه الاجماع منعقد على صلاحيتها لأن تطبق عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة .

الا أن الأمر يحتاج لوقفة عند العقد الملزم لجانب واحد لأن بعض الفقهاء وان لم ينكروا صراحة تطبيق أحكام النظرية محل الدراسة على ذلك العقد الا أنه يتضح من كتاباتهم مثل هذا الاتجاه فنراهم عند معالجة آثار الظروف الطارئ يتكلمون عن العقود التبادلية وكأنها المجال الوحيد لأحكام تلك النظرية دون العقود الملزمة لجانب واحد . (٣٦٨)

---

٣٦٨ — على سبيل المثال: د. اسماعيل غانم — المرجع السابق ص٣١٣ ، د. محمد عبد الجواد الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة — ص ١٤٨ ، اسعد الكوراني — المرجع السابق ص ٢٢٩ .

الا أن هذا الاتجاه لم يحز الاجماع الكامل لدى الفقهاء فنرى من خرج عليه ـ وبحق ـ مؤيدا تطبيق أحكام النظرية على العقود الملزمة لجانب واحد شأنها فى ذلك شأن العقود الملزمة للجانبين ومن بين هؤلاء أستاذنا الدكتور / عبد الحى حجازى والذى يرى أنه : " ليس فى عبارة المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى مايجعلها مقصورة على العقود الملزمة للجانبين فحسب " ٠ ويخلص من ذلك الى أن حكم هذه المادة يطبق كذلك على العقود الملزمة لجانب واحد ٠ (٣٦٩)

وان كان لنا كلمة نقولها فى هذا المجال فانى أؤيد ماذهب اليه الاتجاه الأخير وذلك للآتى : ـ

(١) ذات الحجة التى قررها أستاذنا المغفور له دكتور/ عبد الحى حجازى من أن عبارة المادة (٢/١٤٧) مدنى جاءت عامة تطبق على كافة العقود دون تفرقة بين العقد الملزم لجانبين أو لجانب واحد ٠

(٢) تقوم فلسفة الظروف الطارئة على رفع العنت والارهاق عن كاهل الطرف الذى أضير بذلك بصرف النظر عما اذا كان التزامه ناشئا عن عقد تبادلى أو ملزم لجانب واحد بأن كان هو المدين فيه ٠ وليس فى هذا الأمر غضاضة اذ أن نص المادة (٢/١٤٧) مدنى هو الوعاء أو الظرف الذى يحتوى كافة الالتزامات العقدية التى تعتورها ظروف طارئة تسبب ارهاقا لأحد طرفى العقد أيا ما كان وصف ذلك الالتزام العقد حتى ولو كان ملزما لجانب واحد ٠

---

٣٦٩ ـ د٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٧٣ ٠

ويأتى هذا القول منسجما مع ماقاله البعض(٣٧٠) من أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الملزم لجانبين يتيح لكل طرف فيه الاحتكام الى هذه النظرية بقدر ماناله من ارهاق وهو مايعرف فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى " بقاعدة تبادل تطبيق نظرية الظروف الطارئة ".

الا أن هذا الأمر يختلف بالنسبة للعقد الملزم لجانب واحد فلا يستطيع التمسك بتطبيق أحكام الظرف الطارئ الا من كان مدينا فى هذا العقد وبعبارة أخرى لا يستطيع الدائن فى هذا العقد أن يطالب بتطبيق تلك الأحكام لأنه لا يتحمل بأى التزام حتى يطلب الترفق به عند قيام الارهاق فى التنفيذ وماذلك كله الا تطبيقا لقاعدة " الغرم بالغنم .

الى هذا الحد ويبدو الأمر منطقيا وسلسا الا أن البعض قد أجرى نوعا من القياس لينفذ من خلاله الى امكانية تطبيق أحكام النظرية على العقد الملزم لجانب واحد وحاصل هذا القياس أن العقد الملزم للجانبين والذى قام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه دون الطرف الآخر الذى أدركته الظروف الطارئة يتيح للأخير وحده الاحكام الى النظرية وهذا يشبه العقد الملزم لجانب واحد مما يؤكد تطبيق أحكام النظرية عليه . (٣٧١)

وهذا القول مردود لأن القياس هنا مع الفارق فالطرف الذى لم ينفذ التزامه فى العقد الملزم للجانبين يتمسك بتطبيق أحكام النظرية لأنه مدين

---

٣٧٠ ــ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٠/٢/١٩٢٨ ــ مشار اليه ــ د محمد عبدالجواد شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ــ مجلة القانون والاقتصاد ــ العدد الرابع ص٥٩٧ مقروءة مع هامش(٣) .

٣٧١ ــ د. حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص٢٦٧ .

لأداء تم تنفيذه أى أنه كان دائنا به ومدينا بمقابله وبعبارة أخرى فالأداءات هنا متقابلة أما فى العقد الملزم لجانب واحد فالأمر جد مختلف فالمدين غير دائن والأخير غير مدين وما تطبيق أحكام النظرية على العقد الأخير الا امعانا فى تطبيق احكامها وبمنتهى الدقة انسجاما مع العلة من استحداثها والتى تدور مع الالتزام العقدى وجودا وعدما بصرف النظر عن مصدر هذا الالتزام ٠

أضف لكل ذلك أن سبب التزام المدين فى العقد الملزم لجانب واحد هو نية التبرع فى حين أن سبب التزام المتعاقد فى العقد الملزم للجانبين هو التزام الطرف الآخر ٠

ولعل صاحب الرأى السابق قد استشعر ضعفه فراح يلتمس مخرجا آخر فى العبارة الواردة بالمادة (٢/١٤٧) مدنى وهى عبارة " وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين " ٠ ويستخلص منها أنها رغم ماتوحى به من ضرورة وجود تقابل بين الالتزامات العقدية فانها لا تتعارض مع اجراء مثل هذه الموازنة فى حالة عدم قيام مثل هذا التقابل ٠

وهذا القول مردود بدوره اذ كيف يميل هذا الرأى الى ترجيح قول من ذهب الى تطبيق النظرية على العقد الملزم لجانب واحد استنادا الى أن عمومية نص المادة (٢/١٤٧) مدنى تسمح بذلك ثم يجنح لمثل هذا التفسير برغم أن هذه الفقرة لاتوحى بالمرة بضرورة تقابل الأداءات لأن وجود المصلحة لا يرتبط دائما بالعقود الملزمة للجانبين اذ لا شك أن الدائن فى العقد الملزم لجانب واحد ــ ولو أنه غير مدين ــ الا أن له مصلحة فى ضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه والا اذا لم يكن الأمر كذلك فما قيمة الالتزام التعاقدى واهتمام الشارع بضرورة تنفيذه

وافراده لجزاءات عديدة عند عدم التنفيذ ؟ .

يضاف لذلك أن العقد الملزم لجانب واحد ـ شأنه في ذلك الملـــزم للجانبين ـ يحتوى على طرفين فيجب على القاضي عند انزال حكم المـادة (٢/١٤٧) مدني أن يراعى مصلحة كل منهما على قدر مركزه في العقد .

الفرع الرابع
الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد عقد يتعهد بمقتضاه الواعد بأن يبرم عقدا معينا مع الموعود له اذا ظهر الأخير رغبته فى ذلك خلال مدة معينة[٣٧٢] وعبارة أخرى فالوعد بالتعاقد هو تدبير تدعو اليه ضرورات الناس. فقد يتوقع شخص حاجته فى المستقبل الى أرض بجوار مصنعه أو منزله أو هو الآن فى حاجة اليها ولكن لا يستطيع شراءها فورا فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على ان يتعهد هذا ببيع الأرض له اذا أبدى رغبته فى الشراء خلال مدة معينة يستطيع خلالها أن يتدبر أمره فى توفير ثمنها فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر. [٣٧٣]

وهذا مايسمى بالوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الوعد ملزما للجانبين كأن يتعهد كل من الطرفين للآخر أن يبرم العقد اذا أظهر أى منهما رغبته فى ذلك خلال مدة معينة. [٣٧٤]

وتجدر الاشارة الى أنه قبل صدور القبول لايكون للموعود له الا حق شخصى عند الواعد بمقتضاه يطالبه بتنفيذ الوعد فاذا لم يصدر القبول فى المدة المتفق عليها سقط الوعد من تلقاء نفسه بلا تنبيه أو اعذار. [٣٧٥]

---

٣٧٢ ــ فى هذا الموضوع ــ انظر : د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٣٧٧ ، د. أنور سلطان ــ المرجع السابق ص١١٥ ، د. سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص٨١ ، د. حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص٩٨ .

٣٧٣ ــ د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٢٣٠ ، الأستاذ/ مصطفى الزرقا ــ القانون المدنى السورى ــ البحوث العربية طبعة ١٩٦٩ ص٥٨ .

٣٧٤ ــ د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٢٢٥ .

٣٧٥ ــ نقض مدنى جلسة ٦/٥/١٩٥٤ ــ مجموعة المكتب الفنى السنة الخامسة ص٨٣٤ .

والوعد بالعقد يتضمن التزاما بعمل هو ابرام العقد ولذلك لايعد الوعد بالبيع بيعا بل هو عقد آخر مستقل ومتميز عنه تماما كذلك تتعدد صور الوعد بالتعاقد فقد يكون وعدا بالبيع وقد يكون وعدا بالتفضيل وقد يكون وعدا بالشراء ٠

ويشترط لصحة الوعد بالتعاقد عدة شروط من أهمها بيان جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ففى الوعد بالبيع مثلا يجب تعيين المبيع والثمن على الأقل وكذلك بيان المدة التى يجب ابرام العقد النهائى خلالها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه : " يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة (١٠١) من القانون المدنى أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلا عن المدة التى يجب ابرامه فيها حتى يكون السبيل مهيئا لابرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة الى اتفاق على شئ آخر والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ماكان يتم العقد بدونها ". (٣٧٦)

ولقد ورد بالأعمال التحضيرية مايؤكد ذلك من أن النص (م ١٠١) " يتناول حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ويشترط لمثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد والمدة التى يتم فيها ". (٣٧٧)

---

٣٧٦ ــ نقض مدنى ٢١ / ٤ / ١٩٧٣ ــ م نقض م ــ ٢٤ ــ ٦٤٩ ــ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٩ وفى نفس المعنى نقض مدنى ٢٣ / ١ / ١٩٦٤ ــ م نقض م ــ ١٥ ــ ١١٥ ــ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٩ ٠

٣٧٧ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٧٣ ٠

ووفقا للمفهوم السابق يعد الوعد بالتعاقد أحد مظاهر الانعقاد التدريجي للعقد اذ أن الارادة تمر بمرحلتين الأولى وهى ترمى الى ضمان ابرام العقد عن طريق أخذ الوعد بذلك والثانية وهى مرحلة ابرام العقد بالفعل ٠

وفى ذلك تقول محكمة النقض الايطالية : " ان العنصر المميز لكل من العقد النهائى والعقد الابتدائى هو أن ارادة المتعاقدين تكون فى العقد النهائى متجهة مباشرة الى نقل الملكية أو أى حق آخر فى العقد الابتدائى أما فى العقد الابتدائى فيتوقف ذلك الانتقال على تعبير مستقبل عن الارادة يلتزم الطرفان بابدائه " ٠ (٣٧٨)

وتجدر الاشارة الى أن تعبير العقد الابتدائى ـ الوارد بالحكم ـ يقابل فى تشريعنا الوعد بالتعاقد ٠ أما العقد الابتدائى ـ فى التشريع المصرى ـ فهو ذلك العقد الذى يحرر عند بيع العقار وهو عقد نهائى يترتب عليه كل الآثار عدا انتقال الملكية اذ يتراخى الى حين التسجيل والذى سنتعرض له فى موضع آخر عند تناول البيع الذى يتوقف على أمر يتطلبه القانون ٠

وبعد هذه اللمحة عن الوعد بالتعاقد يثور التساؤل التقليدى وهو : هل تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة اذا حدثت بعد ابرام الوعد وقبل اتمام العقد النهائى ؟ ٠

تقضى الاجابة منا أن نميز بين فترة الوعد فى حد ذاته وبين الفترة التالية لاظهار الرغبة واتمام التعاقد النهائى : ـ

---

٣٧٨ ـ مشار اليه د٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٣٧٩ هامش(٣) ٠

أولا : فترة ماقبل اظهار الرغبة : ــ

فى هذه الفترة لايمكن القول بتطبيق أحكام الظروف الطارئة لأن الوعد وان كان يشكل عقدا بالمعنى الفنى الدقيق الا أنه لايعدو أن يكون سوى تمهيد لابرام العقد النهائى (٣٧٩) وهو بهذا المعنى يرتب التزامات على عاتق الواعد هى بمثابة الاطار العام الذى يجب أن تفرع فيه تفصيلات العقد النهائى عند اظهار الموعود له رغبته فى الميعاد . فعقد الوعد يرتب فى ذمة الواعد التزاما بعمل هو الالتزام بابرام العقد النهائى عند ابداء الموعود له الرغبة فى ذلك خلال الأجل المحدد كما لايترتب للموعود له الا حقا شخصيا يخوله المطالبة خلال الأجل بابرام العقد النهائى .

يضاف لذلك أن الموعود له لايستطيع اجبار الواعد على تنفيذ التزامه فى فترة الوعد قبل أن يسبق ذلك اعلان رغبته فى اتمام التعاقد وفى تلك اللحظة يحل العقد النهائى محل الوعد بالعقد ويصبح الأول هو المستهدف بتطبيق أحكام الظروف الطارئة .

يؤكد ذلك ماذهبت اليه محكمة النقض المصرية من أن : " الوعد بالايجار عقد غير مسمى ينشئ فى ذمة الواعد التزاما نحو الموعود له بأن يؤجر له العين اذا أظهر رغبته فى استئجارها خلال مدة معينة وينقلب الى ايجار كامل بمجرد ظهور هذه الرغبة دون حاجة الى رضاء جديد من جانب الواعد الذى يلتزم عندئذ بجميع التزامات المؤجر ". (٣٨٠)

---

٣٧٩ ــ د. عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٢٢٩ .

٣٨٠ ــ طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٤٤ ق. فى ١٩٧٨/٦/١٤ وفى نفس المعنى نقض ٦/٥/١٩٤٤ ــ مقم ٤٤ ــ ٣٥١ ، نقض ١٤/٥/١٩٤٢ ــ مقم ــ ٤٥ ــ ٣٥١ ــ محمد كمال عبد العزيز ص٢٦٠ ــ ٢٦١ .

يضاف لكل ذلك الى أن الموعود له لو كان هو المضرور من الظـــروف الطارئة فما عليه الا أن يحجم عن اعلان رغبته فى اتمام العقد وبذلك يتفادى مغبة التعاقد النهائى ٠

ثانيا : بعد اظهار ارغبة : ــ

لو حدث الظرف الطارئ بعد اظهار الرغبة فلا شك أن أحكامها تطبق فى هذه الحالة لأن الموعود له بقبوله التعاقد يصبح مسئولا عن تنفيـــذه وملزما بالتضمينات فى حالة عدم التنفيذ ٠ (٣٨١)

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " لكى يبحث عن وجود غبن فى جانب بائع العقار فى حالة الوعد بالبيع يجب أن يقدر هذا الغبن فى يـــوم قبول الوعد لا فى يوم الوعد " ٠ (٣٨٢)

ولقد أيد المشرع الفرنسى اتجاه محكمة النقض السالف بأن أصدر تشريعا بتاريخ ١٩٤٩/١١/٢٨ أضاف به فقرة ثانية الى المادة (١٦٧٥) تنـــص على أنه : " فى حالة الوعد بالبيع من جانب واحد يقدر الغبن فى اليـــوم الذى يتحقق فيه الوعد " ٠ (٣٨٣)

---

٣٨١ ــ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض جلسة ١٩٤٢/٥/١٤ بند ٤٥ ص٣٥١ محمد كمال عبد العزيز ص٢٦١ ٠

٣٨٢ ــ نقض فرنسى فى ١٨٤٨/٨/٩ ــ مشار اليه ــ د٠ محمد عبد الجواد ــ الغبن اللاحق ص٢٠٥ ٠

٣٨٣ ــ "en cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie aujour de la réalisation".
ــ مشار اليه د٠ محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص٢٠٧ وانظر كذلك : د٠ عبد الناصر العطار ــ نظرية الالتزام ص٨٢ ٠

ويفهم من حكم النقض والنص التشريعى الفرنسى أن الوعد فى مرحلة مـا قبل اظهار الرغبة لا يرتب أحكاما اذ أن الالتزامات ساكنة غير متحركة انتظارا لموقف الموعود له بدليل أن الوعد لو تضمن غبنا ـ وفقا للنص التشريعـــى السالف ـ فان هذا الغبن لا ينظر اليه الا من وقت اظهار الرغبة وقبـــول الوعد اذ هو الوقت الذى يرتقى فيه الوعد الى مرتبة العقد النهائى الذى يطالب كلا طرفيه بالتزامات مفصلة صالحة للتنفيذ . ومن هنا تتوازى أحكام الطوارئ مع تلك الالتزامات حال تنفيذها لاعادة ماعسى أن يختل مـــن توازن بسبب وقوع أحداث طارئة .

الفرع الخامس

التعاقد بالعربون

العربون هو مبلغ من النقود أو أى شيء منقول آخر يدفعه أحد المتعاقدين الى المتعاقد الآخر وقت انعقاد العقد ٠ (٣٨٤)

والعربون نصادفه فى كثير من أنواع العقود كالبيع والايجار فيدفع المشترى للبائع جزءا من الثمن وكذلك المستأجر بالنسبة لدفع جزء من الأجرة للمؤجر ٠

وللعربون ـ وفقا للتقنين المدنى المصرى ـ دلالتان نصت عليهما المادة (١٠٣) وتتمثل الأولى فى كون العربون ثمنا للعدول بمعنى أنه يتيح لكلا المتعاقدين أن يتحلل من العقد ويكون الحكم عندئذ أنه اذا عدل من دفع العربون فقده واذا عدل من قبضه رد ضعفه (م١٠٣) ٠

الدلالة الثانية هى اعتبار العربون وسيلة لتأكيد العقد أى جزء من الثمن أو وسيلة لاثبات العقد الذى لايمكن الرجوع فيه ٠

والمرجع فى ترجيح احدى الدلالتين على الأخرى هو نية المتعاقدين فهى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربون حكمه القانونى (م١٠٣) ٠

وقد اكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها بأن : " العربون هو ما

---

٣٨٤ ـ انظر فى هذا الموضوع : د٠ عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٢٤٠ ، د٠ احمد سلامة المرجع السابق ص١١٥ ، د٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٣٢١ ، د٠ السنهورى المرجع السابق ص٣٣٣ ، د٠ حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص١١٢ ٠

يقدمه أحد العاقدين للآخر عند انشاء العقد وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى امضاء العقد أو نقضه ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربون حكمه القانونى . (٣٨٥)

وجدير بالذكر أن القانون الفرنسى قد نص على حكم التعاقد المصحوب بالعربون وذلك فى المادة (١٥٩٠) من المجموعة المدنية الفرنسية الا أنها قصرت هذا الحكم فقط على حالة الوعد بالبيع . فاذا كان هذا الوعد مصحوبا بعربون فلكل من المتعاقدين أن يعدل عن العقد فاذا عدل من دفع العربون فقده واذا عدل من قبضه رد ضعفه . (٣٨٦)

ولقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة العربون سواء فى القانون الفرنسى (م ١٥٩٠) أو المصرى (م ١٠٣) ويمكن القول بأنهم انقسموا الى فريقين : الأول ويرى أن العربون هو بمثابة تعويض مقدر جزافا يدفع فى مقابل عدم التنفيذ .

بينهما يرى الفريق الثانى أن عدم التنفيذ لا يعنى أن يعتبر العربون بمثابة تعويض جزافى لأن من حق المتعاقد الآخر أن يطلب التنفيذ المباشر مما يعنى أن العربون ماهو الا شرط جزائى .

---

٣٨٥ ـ نقض مدنى : ١٩٧٠/٤/٣٠ ـ م نقض م ـ س ٢١ ـ ٧٤٣ ـ وفى نفس المعنى نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ ـ م نقض م ـ ٢٦ ـ ٤٥٧ ، نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ ـ م نقض م ـ ٢١ ـ ٣٤٤ ـ ، نقض ١٩٤٦/٣/٢١ ـ م ـ نقض م ـ ١٢٩ ـ ٣٦٦ ـ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣ .

٣٨٦ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص ٢٣٧ .

كذلك اختلفوا حول طبيعة البيع بالعربون وهى الحالة التى نص عليها المشرع الفرنسى فذهب البعض الى أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ بينما يرى آخرون أنه معلق على شرط واقف. (٣٨٧)

وأيا ما كان الأمر حول طبيعة العربون فان مايهمنا هو اثارة التساؤل الذى يفرض نفسه ويدور حول مدى امكانية القول بتطبيق أحكام الظروف الطارئه على العقد المصحوب بالعربون ؟ .

بادئ ذى بدء يجب البحث عن النية التى قصد اليها المتعاقدان وهذا الأمر لن يخرج عن أحد فرضين : —

— الأول : —

اذا اتجهت نية المتعاقدين صراحة الى اعتبار العربون هو بمثابة تأكيد للعقد أو أمكن استخلاص تلك النية فان العقد يكون قد أبرم بصفة نهائية وتطبق عليه أحكام الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها .

— الثانى : —

اذا اتجهت نية المتعاقدين صراحة الى اعتبار العربون ثمنا للعدول فلاشك أن الطرف الذى أصابه الارهاق وهدده بخسارة فادحة سيعيد ترتيب موقفه على ضوء الحادث الطارئ وغالبا سينسحب من هذا العقد مؤثرا خسارة العربون ان كان هو الذى دفعه أورد ضعفه ان كان هو الذى قبضه .

أما اذا غم الأمر وتنازع المتعاقدان حول نيتهما تجاه دلالة العربون فان الأمر أولا وأخيرا مرجعه للمحكمة فلها أن تستظهر نية المتعاقدين

---

٣٨٧ — المرجع السابق نفس الصفحة هامش ١ .

من ظروف الدعوى ووقائعها لتتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع هو بعض من الثمن الذى انعقد به العقد أم أنه ثمن للعدول وذلك مما يدخل فى سلطة المحكمه التقديرية التى لاتخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما قام قضاؤها على أسباب سائغة . (٣٨٨)

بقيت نقطة أخيرة وهى أنه اذا كان العربون ثمنا للعدول سواء ثبت ذلك صراحة أو ضمنا ولم يستخدم أى من الطرفين حقه فى العدول حتى انقضت المدة المحددة لذلك فان معنى هذا أنهما قد تخليا عن تلك الدلالة وقصدا أن يكون العربون تأكيدا للعقد فاذا حدثت ظروف طارئة بعد ذلك فان أحكامها تطبق على هذا العقد .

وتجد الاشارة الى أن العربون يختلف عن الشرط الجزائى فبينما يقصد بالعربون تمكين كل من المتعاقدين العدول مقابل ثمن هو العربون فان الشرط الجزائى يقصد به حث المتعاقد على التنفيذ حتى لا يدفع مقدار الجزاء المتفق عليه وثمة فارق آخر يتمثل فى أن استعمال أحد المتعاقدين حقه فى العدول بمقتضى العربون يفسخ العقد وعلى المتعاقد الآخر تقبل الأمر الواقع . أما فى الشرط الجزائى اذا امتنع أحد المتعاقدين عن التنفيذ فانه يتعرض لدفع التعويض المتفق عليه مع أحقية المتعاقد الآخر فى المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلى .

وأخيرا فان استحقاق التعويض الاتفاقى منوط بحصول الضرر عكس العربون الذى يستحقه المتعاقد لقاء عدول صاحبه دون حاجة الى اثبات الضرر (٣٨٩)

---

٣٨٨ ــ نقض مدنى : ١٩٧٩/٥/٢٤ ــ الطعن رقم ١١٠ لسنة ٤٨ ق ــ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٦٢ .

٣٨٩ ــ د . عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٣٢٨ .

الفرع السادس
البيـــع الايجــــارى

شاع استعمال طريقة البيع الايجارى أو البيع بالتقسيط فى وقتنا الحاضر وصورته أن يتفق بعض التجار على بيع سلعة معينة للمشترى على أن يسدد الثمن أقساطا بحيث لا تنتقل الملكية اليه الا اذا سدد الأقساط كاملة فاذا لم يفعل ذلك وتوقف عن سدادها فسخ العقد والتزم المشترى برد البيع مع احتفاظ البائع بالأقساط التى حصل عليها كتعويض له عن انتفاع المشترى بالشيء محل العقد طيلة المدة السابقة. (٣٩٠)

ولقد أثار هذا العقد خلافا فى ظل القانون المدنى القديم فقد اعتبره البعض ايجارا معلقا على شرط فاسخ وبيعا معلقا على شرط واقف والشرط فى كلا العقدين هو الوفاء بكامل الأقساط فاذا تحقق الشرط فسخ الايجار وأنتج البيع أثره. (٣٩١)

الا أن القانون المدنى الجديد قد حسم هذا الخلاف فنص فى المادة (٤٣٠) على اعتباره بيعا علق فيه المتعاقدان انتقال الملكية على تمام دفع الثمن.

ولقد أجازت المادة (٤٣٠) للمتعاقدين الاتفاق على أن يستبقى

---

٣٩٠ ـ د. حمدى عبد الرحمن ـ ايجار الأماكن فى ضوء القانون المدنى وقوانين الاسكان وأحكام القضاء طبعة ١٩٨٦ ص ١٤، د. خميس خضر ـ عقد البيع فى القانون المدنى طبعة ١٩٧٢ ص ٢٠، د. السنهورى ـ الوسيط جـ ٤ ـ البيع والمقايضة ص ١٧٠ ومابعدها.

٣٩١ ـ د. حمدى عبد الرحمن ـ المرجع السابق ص ١٥، د. خميس خضر ـ المرجع السابق ص ٢٢.

البائع جزءا من الأقساط كتعويض له عن فسخ البيع عند عدم وفاء المشترى بكافة الأقساط الا أن القاضي يجوز له تبعا لظروف التعاقد أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام الشرط الجزائى (م٢٢٤) مدنى. (٣٩٢)

ولقد أجملت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الأحكام السابقة بقولها: " تجيز المادة أن يشترط البائع اذا كان الثمن مؤجلا أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى كل الثمن حتى لو سلم المبيع قبل ذلك وهذا ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط (كالآلات وعربات النقل وكالأراضى التى تباع بأثمان مقسطة) فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت وتجيز المادة كذلك أن يشترط البائع فى حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعا لذلك أن يستبقى الأقساط المدفوعة (وهى جزء من الثمن) على سبيل التعويض الا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى وأجاز تخفيضه تطبيقا للقواعد التى تقررت فى هذا الشأن .... وقد حسم المشروع اشكالا بايراده هذا النص فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان ايجارا امعانا من البائع فى ضمان حقه .... فأقر المشرع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها ... فهذا العقد بيع لا ايجار ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها فاذا ماسددت انتقلت الملكية الى المشترى منسحبة الى وقت البيع ". (٣٩٣)

ويثور التساؤل حول مدى امكانية تطبيق أحكام الظروف الطارئة على هذا النوع.

---

٣٩٢ ــ د. حمدى عبد الرحمن ــ المرجع السابق ص١٨ .
٣٩٣ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٤ ص٤٩ ــ ٥٠ .

للاجابة على هذا التساؤل نقرر أن الارهاق الناجم عن الظرف الطارئ قد ينال أحد الطرفين أو كلاهما وبالتالى لايخلو الأمر من أحد فرضين نستعرضهما ثم نأتي بالحل المناسب وفقا للفكرة التى ننادى بها وهى وجوب اقامة نوع من التوازن بين كلا الطرفين ٠

ــ الفرض الأول : ــ

قد ترتفع قيمة السلعة ارتفاعا كبيرا بحيث لايعبر القسط عن القيمة الحقيقية لها بأن تصبح قيمته تافهة بالمقابلة للمنفعة التى يتلقاها المشترى وهنا يصاب البائع بالارهاق الذى يهدده بخسارة فادحة ٠

ــ الفرض الثانى : ــ

وهو الفرض العكسى والذى قد تنخفض فيه قيمة السلعة انخفاضا كبيرا لدرجة أن تصبح قيمة الأقساط متجاوزة لقيمة السلعة الى حد كبير مما يصيب المشترى بالارهاق ٠

فى كلا الفرضين السابقين نجد أنفسنا ازاء ارهاق قد أصاب أحد الطرفين فضلا عن أننا أمام بيع قسط فيه الثمن وأن الارهاق قد يثور بصدد قسط ولا يثور بصدد الآخر مما يجعل معالجة مثل هذا الأمر غاية فى الأهمية ٠ ولعلنا نجد فيما قررته محكمة النقض من مبادئ مخرجا من هذا المأزق ٠

ومن بين تلك المبادئ التى قررتها محكمة النقض أنها قضت بأن :

" تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسطا لايحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون.[٣٩٤]

٣٩٤ ــ نقض مدنى ٣/١/١٩٦٣ ــ م نقض م ــ ١٤ ــ ص٣٧ ، نقض =

ويثور التساؤل عن كيفية رد الالتزام المرهق خاصة وأنه قد دفعت أقساط وحلت أخرى بل وستحل كذلك ؟ .

أجابت محكمة النقض على ذلك بأن القاضي حال رده الالتزام المرهق الى الحد المعقول انما يفعل ذلك بالنسبة الى القسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء امشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارىء غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة أما باقى الأقساط المستقبلة فان القاضي لايعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين أن هناك احتمال بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقد المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة . (٣٩٥)

ومعنى ماتقدم أن القاضي سينظر الى القسط الذى حل أجله ويجرى عليه سلطته فى هذا الشأن أما ماتم دفعه من أقساط فلا ينظر اليه وكذلك ما سيحل منها اذا كان يرجى زوال أثر الظرف الطارىء قبل حلولها .

وماقررته محكمة النقض خاص بحالة المشترى الذى ترتفع قيمة الأقساط بالنسبة له ارتفاعا يرهقه فما هو الحل بالنسبة للبائع ؟ .

يمكننا القول استرشادا بالحكم السابق أنه يمكن تصور الفرض العكسى لهذه الحالة وتفصيل ذلك أن القاضي سيطبق ــ بالنسبة للمشترى ــ أحكام الظرف الطارىء على القسط الذى حل أجله وقد شبهت محكمة النقض الأقساط بالأداءات فى عقد المدة ولا شك أن كل أداء فى تلك العقود له قيمة معينة تتوازى مع الانتفاع المقابل له .

= ١٩٦٤/٣/٢٦ م نقض م ــ ١٥ ــ ص ٤٠٩ ، نقض ٣٠/٤/١٩٦٤ ــ م نقض م ــ ١٥ ــ ص ٥٩٣ محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٩ .

٣٩٥ ــ الأحكام السابقة .

وانطلاقا من هذه الفكرة نستطيع القول بأن القاضى يقوم باجراء موازنة بين قيمة المبيع وبين الأقساط المستحقة وعددها بحيث ينتهى الى تقسيم قيمة المبيع الى أقسام يقابل كل قسم منها قسط معين ·

ونعطى لذلك مثالا لو أن تاجرا باع ثلاجة بسعر ثلاثمائة جنيه على ستة أقساط فمعنى ذلك فى تطبيق أحكام النظرية محل الدراسة أن الثلاجة قسمت ستة أقسام كل قسم منها قيمته خمسون جنيها فلو أن ظرفا طارئا حدث أدى الى ارتفاع قيمة السلعة فلاشك أن هذا الارتفاع سيتعاصر تقريبا مع حلول أجل قسط من الأقساط وكانت الزيادة التى يجب أن يتحملها المشترى بالنظر لجملة المبيع ستون جنيها فان القاضى سيرفع قيمة القسط بما يوازى قيمة سدس المبيع أى عشرة جنيهات فاذا استمر الظرف الطارئ حتى حلول أجل القسط الثانى فيزاد هذا القسط عشرة جنيهات أخرى مع الوضع فى الاعتبار عدم المساس بالأقساط التى تم سدادها وبذلك يبدو هذا الحل منسجما مع فلسفة الظرف الطارئ ومع تشبيهه بأداءات عقود المدة وما يتفق مع فكرة التوازن التى ننادى بها بخصوص الالتزامات المتولدة من العلاقات التعاقدية ·

بقيت نقطة أخيرة أردفتها مجموعة الأعمال التحضيرية ضمن الأمثلة التى أوردتها للبيع بالتقسيط وهى بيع الأراضى بأثمان مقسطه وهو مايعرف اصطلاحا باسم بيع الأراضى المقسمة للبناء ·

ونلقى بعض الضوء على هذه الصورة من البيع والتى شاعت فى الآونة الأخيرة فهى وسيلة تمكن ذوى الدخل المحدود من الموظفين والعمال من الحصول على قطع أرض مناسبة لاقامة منازلهم عليها وفى المقابل يحقق ذلك ربحا لمالك الأرض فردا كان أو شركة ·

وجرت العادة على أن يقوم مالك الأرض بتقدير ثمنها ثم يقوم بتقسيمه على أقساط سنوية أو شهرية مضافا اليها مجموع الفائدة مقابل القسط وينص فى عقد البيع على ارجاء نقل الملكية الى المشترى على تمام سداد آخر قسط من الثمن ٠ وعادة ما يستغرق أداء الأقساط زمنا طويلا يصل الى خمسة عشر عاما أو يزيد والذى يحدث أن ترتفع أثمان هذه الأراضى نتيجة ازدياد العمران أو تصقيع المنطقة وهذه الزيادة البسيطة لا يلتفت اليها لأنها من سنن التعامل والتطور ٠

الا أن الأمر لا يكون على هذا النحو دوما فقد تنقلب الأمور بالنسبة لأسعار هذه الأراضى رأسا على عقب نتيجة حدوث ظروف طارئة والتى يصاحبها ارتفاع الأسعار بدرجة كبيرة ٠ (٣٩٦) مما يطرح تساؤلا على درجة كبيرة من الأهمية يدور حول مدى امكانية اتساع هذا النوع من البيوع لأحكام الظروف الطارئة ؟ ٠

بداية نقرر أن ضابط تطبيق حكم المادة ١٤٧ / ٢ مدنى هو أن يكون التزام الطرف الذى يطلب الاحتكام اليه قائما وفى طور التنفيذ بلا خطأ منه ٠

وعلى ذلك يمكن القول أن التزام المشترى بدفع الثمن يكون قائما طوال الفترة التى يستغرقها سداد الأقساط حتى دفع القسط الأخير وبالتالى فان له خلال هذه الفترة أن يطلب تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة بعد توافر ضوابطها التى نصت عليها المادة ١٤٧ / ٢ مدنى ٠ (٣٩٧)

وبالنسبة للبائع ان كان قد نفذ التزامه وقام بتسجيل العقد وانتقلت الملكية للمشترى فلا يجوز له الاحتكام لنص هذه المادة (١٤٧ / ٢) لأن من

---

٣٩٦ ــ د٠ محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص ٢٢٥ ٠
٣٩٧ ــ المرجع السابق ص ٢٢٩ ٠

شروط تطبيقها أن يكون التزام المتعاقد قائما لم ينفذ أو في طور التنفيذ .

أما اذا لم يكن عقد البيع قد سجل فيكون من حق البائع أن يطلب تطبيق أحكام النظرية عند توافر شروطها . (٣٩٨)

---

٣٩٨ ــ المرجع السابق ص ٢٣٠ ــ ٢٣١ .

الفرع السابق

العقـــود الجبريـــة

يستعمل البعض اصطلاح العقود الجبرية أو المراكز العقدية التى تنشأ بحكم القانون ويريد بها تلك العقود التى لايكون لطرفيها أدنى حرية فى قبول التعاقد أو رفضه فضلا عن عدم تمكينه من اجراء مفاوضات أو مساومات تمكنه من التعاقد طبقا لأفضل شروط وفى الجملة لانجد مظهرا واحدا من مظاهر العقد بمعناه المألوف حيال تلك العقود الجبرية. (٣٩٩)

ومن أمثلة العقود الجبرية عقد التأمين الاجبارى من المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات والذى يبرمه صاحب السيارة جبرا عنه لتأمين ضحاياه فى المستقبل اذا قدر أن يكون له ضحايا.

ومن أمثلة ذلك أيضا أن القانون الفرنسى يلزم منتجى القمح ببيـــع منتجاتهم لمشتر واحد هو المكتب القومى المهنى لشراء الغلال.

كذلك عرف القانون المدنى الفرنسى صورة من العقود الجبرية فقد قرر هذا القانون أنه لايلزم أحدا بالبقاء فى الملك الشائع ونتج عن هذا المبدأ ظهور عقد جبرى هو عقد القسمة. (٤٠٠)

وبنظرة متأنية لتلك العقود نلاحظ أن ارادة المتعاقدين منتفية تماما

---

٣٩٩ ـ Magdi sobhi khalil, le dirigisme economique et les contrats thése paris, n°580-P. 361.
مشار اليه د. حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص٤٢٩.

٤٠٠ ـ rené savatier, les metamorphoses economiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. مشار اليه ـ المرجع السابق ص٤٣٠.

وكأنهما يساقان الى التعاقد سوقا دون أن تكون لدى أيهما حرية في رفض هذا التعاقد ٠

ويجب ألا يختلط في الذهن مفهوم العقد الجبرى بمدلول عقود الاذعان فهذه الأخيرة تعنى أن أحد طرفيها يملى شروطه بماله من قوة اقتصادية أو صفة احتكارية لسلعة ما كشركات المياه والغاز والكهرباء والسكة الحديد وما على الطرف الآخر الا أن يسلم بتلك الشروط دون أن يكون له الحق في مناقشتها ولا يعنى ذلك أنه مجبر على التعاقد بل ان له الحق في رفضه وهذا نوع من الحرية ولو أنه مقيد نظرا لعدم مقدرة الطرف المذعن مناقشة شروط التعاقد وهذا ماحدا بالبعض الى انكار الطبيعة التعاقدية لهذه العقود ٠ (٤٠١) لأن العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار وهذا أمر مفتقد في تلك العقود اذ أن القبول يتمثل في مجرد اذعان ورضوخ فعقد الاذعان أقرب الى أن يكون قانونا أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ورغم ذلك فالغالبية العظمى من الفقه تعترف لهذا العقد بطبيعية التعاقدية اذ أنه يتم بتوافق ارادتين مهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فهذه الظاهرة اقتصادية وليست قانونية ٠

ونظرا للتكوين الخاص الذى تتم به هذه العقود فقد حاول المشرع التخفيف من حدة الاذعان وذلك باعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو اعفاء الطرف المذعن منها فضلا عن الخروج على المبدأ العام الذى يقضى بأن الشك يفسر لمصلحة المدين وجعله يفسر لمصلحة الطرف المذعن.(٤٠٢)

---

٤٠١ ــ في تفصيل هذا الخلاف انظر: د٠ السنهورى ــ الوسيط ــ العقد ص ٢٩٦ ، د٠ حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق ص١٠٣ ٠

٤٠٢ ــ د٠ السنهورى ــ المرجع السابق ص٢٩٣ ، د٠ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص٢٧٢ ، د٠ احمد سلامة ــ المرجع السابق ص١٠٨ ، د٠ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٣٥٦ ٠

فالتخفيف أمر منطقى نظرا لما يلازم هذا الضرب من التعاقد من شدة وحرج بالنسبة للمتعاقد المذعن . (٤٠٣)

ولقد قضت محكمة القاهرة التجارية الجزئية بأن : " عقد الاذعان هو عقد حقيقى يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . (٤٠٤)

وهكذا نجد أن بعضا من الفقه حينما استشعر أن أحد الطرفين مكبل حيال شروط العقد ثار وحاول ازاحة الطبيعة التعاقدية عن عقد الاذعان. الا أن جمهرة الفقه لم تسلم بذلك اذ ارتأت فيما أعده المشرع للطرف المذعن من مزايا تتجاوز مايقرره فى أحوال التعاقد العادى نوعا من اجراء التوازن بين الطرفين مما يجعل اضفاء الصفة العقدية على عقد الاذعان أمرا مستساغا . وبذلك يمكن تطبيق أحكام الظروف الطارئة عليها اذا توافرت شروطها .

واذا كان الأمر كذلك فما بالنا وكلا الطرفين فى العقود الجبرية لايملك حق المناقشة بل لا يملك حق رفض التعاقد مما يدفعنا الى القول بأن الالتزامات المتولدة عن هذا النوع لايمكن اعتبارها ناشئة عن عقد بالمعنى الفنى الدقيق اذ أن قوام العقد هو حرية الارادة سواء من جانب الموجب أو الموجب له واذا كان الفقه قد تقبل على مضض أن يكون الموجب ــ فى عقد الاذعان ــ فى مركز متميز عن الموجب له الا أنه لا يقبل أن يكون الأخير غير حر فى قبول الايجاب أو رفضه لأن حرية القبول تعد من المبادئ المستقرة والتى لا يقبل اهدارها تحت أى مسمى لأنه مما ينافى جوهر العقد أن يكون

---

٤٠٣ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٩١ .

٤٠٤ ــ حكم ١٩٤٨/١٠/٣٠ ــ المحاماة ــ السنة ٢٨ ص١٠٧٦ رقم ٤٤٣ .

الموجب له مكرها على القبول فهذا هو العقد الجبرى . (٤٠٥)

فاذا تأملنا العقود الجبرية خاصة ذلك العقد الذى يلتزم بموجبه منتجو القمح فى فرنسا ببيع منتجاتهم للمكتب القومى المهنى لشراء الغلال وحده لاستخلصنا على الفور انعدام الارادة لدى كلا الطرفين فمنتج القمح مدفوع - سواء رضى أم لم يرضى - لبيع قمحه الى مكتب الغلال والأخير لا يملك الا أن يشترى مايعرض عليه فأى ايجاب وأى قبول هذا اذا كان الشخص لا يملك سوى الانصياع للأمر دون مناقشة .

كذلك الأمر بالنسبة للتامين الاجبارى الخاص بحوادث السيارات والذى نص عليه المشرع المصرى فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ ولقد كان هذا النوع من التامين محلا لانتقادات الكثيرين (٤٠٦) والذين اتخذوا من عنصر الاجبار فيه مادة للهجوم عليه .

وما يهمنا من هذا الهجوم هو مايتصل بموضوع بحثنا وهو انكار الصفة التعاقدية لعقد التأمين الاجبارى لأن قوام التعاقد هو الحرية النابعة من مبدأ سلطان الارادة . والذى لا وجود له فى هذا العقد وأشباهه فضلا عن أنه من العبث ان نجبر الأفراد وبقانون على أن يتوخوا بعد النظر بالنسبة للمستقبل .

يضاف لذلك ضرورة ترك الحرية للأفراد فى ابرام عقود التأمين انطلاقا من ايمانهم بها لا أن نرغمهم عليها .

---

٤٠٥ - د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص٤٩٩ .

٤٠٦ - انظر فى تفصيل ذلك : د. سعد واصف المحامى - شرح قانون التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات مع دراسة لنظام صندوق الضمان - دراسة مقارنة طبعة ١٩٦٣ ص١٩ ومابعدها .

وأخيرا يبلور أصحاب هذا الهجوم مساوئ التعاقد الاجبارى فى اطار التأمين بالتركيز على أن الاجبار تسبب فى تواكل المؤمن لهم المتمثل فى اهمال الحيطة والحذر اعتمادا على أن الغرم فى النهاية سيقع على عاتق المؤمن ويستشهدون على صدق مذهبهم بارتفاع نسبة القتل الخطأ فى حوادث المرور بمدينة القاهرة الى ٢٠٨٪ بعد صدور هذا القانون .

كذلك الأمر بعد صدور قانون التأمين الاجبارى بولاية ماساشوسيت الأمريكية سنة ١٩٢٦ فلقد زادت نسبة الحوادث بمقدار ٣٢٪ . (٤٠٧)

أما ماساقه البعض من أن عقد القسمة يعد من العقود الجبرية فى فرنسا بمقولة أن المشرع قرر فى القانون سالف الذكر أنه لايلزم أحدا بالبقاء فى الشيوع فهو قول غير صحيح لأن عقد القسمة ليس عقدا جبريا ولا يقدح فى ذلك ماقرره المشرع لأنه يعنى ببساطه أن كل من يطلب القسمة من الملاك على الشيوع يجاب لطلبه بحسبان أن الشيوع من المراكز الغير مستحبة فى معظم التشريعات مما جعل مشرعوها يسوقون الوسائل المختلفة للتخلص من هذه الحالة .

أما عقد القسمة فهو عقد بالمعنى الفنى الدقيق اذ يتضمن كافة مراحل التعاقد بما فيها مرحلة المفاوضات .

---

٤٠٧ ـ المرجع السابق ص ٢٠ وجدير بالذكر أن قانون التأمين الاجبارى عن حوادث السيارات لم يكن القانون الوحيد الذى يلزم الأفراد بالعقود الجبرية فى مصر بل أصدر المشرع المصرى سنة ١٩٣٦ قانون التأمين الاجبارى من المسئولية عن اصابات العمل مدفوعا بالعوامل الاشتراكية ومحققا أيضا المبادئ التعاونية ـ المرجع السابق ص ٨ .

وهكذا نجد من خلال العرض السابق أن العقد الجبرى يتجرد من كل مقومات العقد بمعناه الفنى الدقيق مما يجعلنا نقرر بكل اقتناع أن مراكز الطرفين فى هذه الحالة هى مراكز قانونية مصدرها نص القانون الذى ينظمها اذ يعد المصدر المباشر لها ٠

ويثور التساؤل حول مدى امكانية تطبيق فكرة الظروف الطارئة على تلك المراكز ؟ ٠

لا شك أن أحكام نظرية الظروف الطارئة لا تجد لها مكانا ازاء هذا النوع من المراكز القانونية لافتقاد الالتزامات المتولدة عنها لوصف الالتزام التعاقدى ولذلك تكون معالجة ما ينجم عن الظروف الطارئة بالنسبة لتلك المراكز أن يصدر المشرع قانونا آخر يعكس وجهة نظره حول تلك المعالجة ٠

فمثلا لو أن حوادث السيارات قد تفاقمت لدرجة يعجز المؤمن معها عن مواجهة مبالغ التعويض بامكانياته المتاحة فيكون الحل هو تدخل المشرع لاعادة تنظيم العلاقة بين المؤمن والمستأمن وتحديد قيمة الأقساط الجديدة وهكذا يكون العلاج بنفس أسلوب نشأة تلك المراكز أى بنص القانون ٠

الفرع الثامن
العقود التى محل الأداء فيها مبلغ من النقود

محل العقد هو العملية القانونية التى يراد تحقيقها (٤٠٨) عن طريق التراضى ٠

أما محل الالتزام فهو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن وهو اما أن يكون اعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل (٤٠٩) ــ ففى عقد البيع ــ مثلا يكون محل العقد هو البيع والشراء أى نقل الملكية فى مقابل ثمن وتلك هى العملية القانونية التى يهدف اليها الطرفان (البائع والمشترى) ٠

أما محل الالتزام فيتمثل بالنسبة للبائع فيما يلزمه به العقد من أداءات كنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه ٠ ومحل التزام المشترى هو دفع الثمن ومصروفات العقد ٠

والنقطة التى نود التركيز عليها فى هذا الخصوص تكمن فى الاجابة على التساؤل الآتى : فى حالة ما اذا كان محل العقد مبلغا من النقود ــ كما فى عقد القرض ــ هل يجوز للدائن أو المدين الاحتكام الى نظرية الظروف الطارئة عند ارتفاع أو انخفاض قيمة هذه النقود لدرجة تهدد بخسارة فادحة وذلك بعد ابرام العقد وقبل حلول موعد الوفاء ؟ ٠

بادئ ذى بدء نقرر أن النقود نوعان : ــ

---

٤٠٨ ــ د٠ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص٢٣٠ ، د٠ عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ص٢٩٦ ٠

٤٠٩ ــ د٠ اسماعيل غانم ــ المرجع السابق ص٢٣٦ ٠

ـ الأول : ـ

ـ نقود معدنية ولها احدى قيم ثلاث وهى : ـ

(١) قيمة داخلية أو ذاتية وهى عبارة عن قيمة المعدن الموجود فيها ٠

(٢) قيمة خارجية أو اسمية وهى التى تعطيها الدولة للعملة ٠

(٣) قيمة تجارية أو سعر السوق وهى عرضة للتغيير بحسب تغير سعر التبادل التجارى ٠

ـ الثانى : ـ

نقود ورقية وهى تمثل مقدارا من النقود المعدنية بأن تعطى لها الدولة سعرا قانونيا ٠ (٤١٠)

نعود لما أشرنا اليه من تساؤل عمن يتحمل التغيير فى قيمة النقود ؟ ٠

وقبل الاجابة على هذا التساؤل نتناول أحكام المادة (١٣٤) من القانون المدنى المصرى والتى تنص على الآتى : " اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى آثر " ٠

وبداية نقرر أن ما يتضمنه هذا النص لا يحتكم اليه بصدد عقد القرض وحده اذ أنه يقرر مبدأ عاما ينطبق على كافة العقود التى يكون محل الالتزام فيها مبلغا من النقود فعقد البيع محل التزام المشترى فيه مبلغ من النقود هو ذاته أساس تقييم الأداء الذى يلتزم به البائع وهكذا ٠

---

٤١٠ ـ د٠ عبد الحى حجازى ـ النظرية العامة للالتزام جـ٢ ـ أحكام الالتزام (١) الآثار المطبعة العالمية طبعة ١٩٦٧ ص ١١٤ ـ ١١٥ ، د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٨٠٧ ٠

ومسألة تغير سعر النقد مسألة هامة اذ تتعلق بالائتمان ولذلك توليها الدولة بل والأفراد أهمية كبرى تتمثل فى الاعلان دوما عن أسعار العملات الأجنبية مقارنة بالعملة الوطنية٠ نظرا لأن كثرة تقلبات سعر النقود تجعل لتعيين هذا السعر الذى يجب الوفاء على أساسه أهمية خاصة عند اختلاف هذا السعر فى وقت الوفاء عنه فى وقت نشوء الالتزام٠

وقد فرقت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى فى هذا الصدد بين فرضين : ـ

ـ الأول : ـ

اذا كان الدين مقوما بالنقود المصرية فيلزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد فقط دون اعتداد بارتفاع أو انخفاض قيمة هذه النقود ٠

وعلى ذلك فان ارتفاع قيمتها يكون من مصلحة الدائن وعلى العكس فانخفاض تلك القيمة يكون لمصلحة المدين وهكذا ٠

ـ الثانى : ـ

اذا كان الدين مقدرا بنقد أجنبى فالمدين بالخيار بين الوفاء بالعدد المذكور فى العقد من هذا النقد الأجنبى وبين الوفاء بنقود مصرية تحتسب على أساس سعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء. (٤١١)

وعلى ضوء هذين الفرضين نلاحظ الآتى : ـ

(١) أن العملة المصرية لا يتغير سعرها اذ أنه محدد بمعرفة البنك المركزى فالجنيه المصرى سعره مائة قرش لا تنقص ولا تزد ولكن القوة الشرائية لهذا الجنيه هى التى يعتريها الارتفاع والانخفاض ٠

---

٤١١ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢١٩ ومابعدها.

وبعبارة أخرى فان قيمة النقود أو قوتها الشرائية تتحدد بكمية السلع والخدمات التى تستطيع شراءها فى وقت معين .

فاذا ارتفعت أسعار السلع فى السوق لكان معنى هذا أن كمية النقود التى كانت تشترى عددا معينا من وحدات السلع أصبحت لا تكفى لشراء نفس العدد أو بعبارة أخرى أن وحدة النقد أصبحت تشترى كمية أقل من السلع . ومعنى ذلك أن قيمة النقود تتغير تغيرا عكسيا مع التغير فى مستوى الأسعار . (٤١٢)

(٢) العملة الأجنبية هى التى يمكن أن يتغير سعرها بين عشية وضحاها بالمقارنة بالعملة المصرية ولذلك نجد البنك المركزى يصدر نشرة يومية بسعر هذه العملات.

ونأتى الى الاجابة على التساؤل السابق طرحه والذى يدور حول تطبيق أحكام الظروف الطارئة فى حالة تغير سعر النقد ؟ .

لا شك أن ماقررته المادة (١٣٤) من مبدأ عام يعد انطلاقا من المبدأ الهام العقد شريعة المتعاقدين . اذ من المنطقى أنه اذا حدث تقلب أو اختلاف فى سعر العملة بصورة طفيفة عادية فلا يكون ذلك مدعاة لتطبيق أحكام الظروف الطارئة لأن كلا من الربح والخسارة من الأمور المألوفة فى التعامل ولابد منها وهو امر متوقع فضلا عن أن طرفى العقد غالبا ماتكون لدى كل منهما من الخبرة ما يؤهله لتفادى قسوة مبدأ القيمة الاسمية أوالمقدار العددى وتقلب كل منهما وذلك من خلال عدة وسائل ينص عليها فى العقد.

---

٤١٢ ــ د. فؤاد هاشم عوض ــ اقتصاديات النقود والتوازن النقدى ــ طبعة سنة١٩٦٩ ص٣٩ ــ ٤٠ .

ومن بين هذه الوسائل ما يأتى : ـ

(١) الشروط ذات الطابع النقدى : ـ

ويقصد منها أن يتم الوفاء على أساس القيمة الذاتية للنقـود لا المقدار العددى لها .

وتجدر الاشارة الى أن هناك شرطان من هذه الشروط أبطلهما المشرع وتواترت على ذلك أحكام القضاء وهما شرط الوفاء بالذهب وشرط الوفاء بالعملة الورقية على أساس قيمتها ذهبا كأن يقترض شخص مبلغ مائة من الجنيهات فى وقت معين كان الجنيه الورقى يساوى جنيها ذهبيا ثم يشترط المقرض لتأمين نفسه من تدهور العملة فى المستقبل أن يكون الوفاء بالعملة الورقية بما يساوى مائة جنيه ذهبا .

الا أن هناك شرط جائز وهو شرط الدفع بعملة أجنبية كالفرنك السويسرى أو الدولار .

(٢) الشروط ذات الطابع الاقتصادى : ـ

ومن أمثلتها : ـ

أ ـ شرط الوفاء بسلعة معينة .

وبمقتضاه يشترط أحد المتعاقدين أن يؤدى له الآخر قدرا مساويا لما يقدمه من أداءات خاصة فى عقد القرض .

ب ـ شرط الوفاء بقيمة البضائع .

ويشيع هذا الشرط فى ايجار الأراضى الزراعية حيث تحدد الأجرة بمقدار من المحاصيل .

جـ ـ شرط المعدل المتحرك .

وبمقتضاه يحصل الوفاء بالدين بطريق النقود وحدها

بأن يذكر مقدار الدين النقدى ويذكر معه معدل يمكن معه أن يتغير مقدار الدين بحسب سعر سلعة معينة وقت الوفاء[٤١٣]

ورغم هذه الوسائل الا أن المتعاقدين قد لا يتنبها لها أو لا يتفقا على احداها فاذا كان الانهيار فى سعر العملة جسيما سواء الوطنية — نتيجة نشوب حرب مثلا — أو الأجنبية وتوفرت فى الظرف الذى نتج عن حدوثه هذا الانهيار أوصاف الظرف الطارئ فلا شك فى تطبيق أحكام النظرية على هذا العقد ٠

وتبرير ذلك أنه اذا كان يحرم على أحد طرفى العقد — وكذا القاضى — الانفراد بتعديل الالتزامات الواردة فيه دون موافقة الطرف الآخر احتراما لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فان هذا الخطر يتبدد لمجرد حدوث الظرف الطارئ الذى يؤدى الى انهيار التوازن العقدى ٠

اذا كان الأمر كذلك فان تلك العلة متوافرة فى حالة الانهيار الجسيم فى سعر النقد اذ لم يقصد المشرع بما قرره فى المادة (١٣٤) الزام المدين وكذا الدائن بعدد وحدات النقد المذكورة فى العقد تحت أى ظرف وانما ذلك رهن بمألوفية الظروف فاذا شذت نتيجة طروء مالم يكن فى الحسبان فان أحكام النظرية العامة للظروف الطارئة قد جعلت لمواجهة ذلك ٠

وبعبارة أخرى اذا كان المشرع قد نظم الالتزامات العقدية وقيدها جميعا بمبدأ لزوم العقد والذى عبر عنه فى المادة (١/١٤٧) مدنى بقوله : " العقد شريعة المتعاقدين " ٠ فانه أيضا أضفى على الارهاق

---

٤١٣ — د٠ عبد الحى حجازى — المرجع السابق ص١١٨ — ١٢٠، د ٠ سليمان مرقس — المرجع السابق ص٨١٠ — ٨١٢ ٠

الناجم عن حوادث لا يد للمتعاقد فيها فيضا من الرحمة والأخذ بيد المتعاقد المنكوب وذلك فى الفقرة الثانية من ذات المادة (١٤٧ / ٢) وذلك باقراره لمبدأ الطوارئ غير المتوقعة وعلى ذلك فالشدة فى لزوم العقد والرحمة فى اعمال مبدأ الطوارئ وجهان لعملة واحدة ينتظمهما معا مبدأ العموم فلا يجوز مع ذلك اجراء التخصيص.

أضف الى كل ذلك ماورد بمجموعة الأعمال التحضيرية من أنه : " على أن المدين اذا تخلف عن الوفاء (فى حالة النقد الأجنبى) فى ميعاد الاستحقاق بتقصير منه فيلزم بالوفاء على أساس أعلى السعرين : سعر القطع يوم حلول الأجل أو سعره يوم الوفاء كل هذا دون اخلال بحق الدائن فى المطالبة بفوائد التأخير من يوم رفع الدعوى ". (٤١٤)

ومعنى هذا أن المدين يوقع عليه جزاء نكوله عن الوفاء فى الأجل ويتمثل ذلك فى زيادة عدد النقود التى يدفعها أى أنه غارم بما يفوق كم أدائه فى العقد مع كون محل التزامه مبلغ من النقود .

وفى المقابل اذا كان حريصا على الوفاء فى الأجل المضروب فيجب ألا نحمله من أمره عسرا بل نحط عن كاهله ما ألم به من ارهاق وبذلك تتوازن الأمور وفقا للمبدأ العام أن المدين ان وفى فى الأجل أثيب بوضع الارهاق عن كاهله وان خالف وأهمل عوقب بتغريمه مايجاوز قيمة التزامه .

ومن أشهر الأمثلة التى تساق فى هذا الصدد ذلك المثال الخاص بانهيار قيمة المارك الألمانى فى أعقاب الحرب العالمية الأولى بسبب التضخم الرهيب مما جعل أفراد الشعب الألمانى يستخدمون السجائر وسيطا فى

---

٤١٤ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢١٩ ومابعدها.

التعامل بدلا من المارك الذى فقد الثقة. (٤١٥)

ونتيجة لذلك لجأت المحاكم الألمانية الى تطبيق نظرية الاستحالة الاقتصادية مستعينة فى ذلك بنص المادة (٢٤٢) من القانون المدنى الألمانى الذى يقضى بضرورة تنفيذ الالتزام بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية. (٤١٦)

---

٤١٥ ــ د. حازم الببلاوى ــ نظرية النقود ــ منشأة المعارف بالاسكندرية ص١٢ .

٤١٦ ــ abdel fatah el sayed bey-la révision des contrats par le juge, l'egypte conteporaine.

مشار اليه د. حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص٤٢٩ .
كذلك انظر د. عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للالتزام ــ مصادر الالتزام ص٥٦٥ هامش(٣) .

الفرع التاسع
البيع المتوقف على أمر يتطلبه القانون

تنص المادة ١/٩٣٤ من القانون المدنى المصرى على الآتى : " فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير الا اذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى " .

وتنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن : "جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل .... ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن " .

وتعالج هاتين المادتين انتقال ملكية العقارات فيما بين المتعاقدين اذ تطلب المشرع ضرورة تسجيل التصرف وشهره حتى تنتقل الملكية .

والذى يحدث عملا أن يتم بيع العقار بعقد عرفى الا أن هذا العقد لا يكفى وحده لنقل الملكية اذ يجب أن يتم البيع بعقد رسمى يتم بواسطة الموثق لدى مأموريات الشهر العقارى .

ولا تغير الأحكام السابقة من اعتبار عقد البيع عقدا رضائيا يتم بمجرد تلاقى الايجاب والقبول فضلا عن أنه يرتب جميع الآثار عدا انتقال الملكيه

الذى يتراخى حتى تمام التسجيل ٠ (٤١٧)

ويثور التساؤل حول ما اذا حدث وأبرم عقد بيع عقار وفى الفترة مابين اتمام العقد العرفى والتسجيل حدثت ظروف طارئة أثرت تأثيرا مباشرا على موقف البائع أو المشترى فما مدى صحة القول بتطبيق أحكام النظرية على هذا العقد ؟ ٠

لقد فرق الفقه فى هذا الصدد بين فروض ثلاثة : ـ (٤١٨)

ـ الفرض الأول : ـ

وفيه يتجه قصد المتعاقدين فى العقد الابتدائى الى الارتباط نهائيا بهذا العقد ،وتكون كتابة العقد الرسمى بمثابة استيفاء للشكلية التى فرضها القانون ٠

وفى هذا الفرض نجد أنفسنا أمام بيع تام فاذا حدث ظرف طارىء ألقى بأثره على هذا العقد فانه يمكن تطبيق أحكام النظرية مع التفرقة فى هذا الصدد بين موقف كل من البائع والمشترى : ـ

(١) بالنسبة للبائع : ـ

الفرض أن التزامه لم ينفذ حتى الآن لأننا مازلنا بصدد عقد وبالتالى لو كان من نتيجة الظرف الطارىء ارتفاع قيمة العقار المبيع فيحق للبائع والحال كذلك أن يطالب بانزال حكم الطوارىء على هذا البيع٠

٤١٧ ـ د٠ محمد لبيب شنب ـ عقد البيع ص١٠٤ ، د٠ خميس خضر المرجع السابق ص١٣٢ ، استئناف مصر فى ١٩٣٨/١٢/١٣ ـ المحاماة ـ ١٨ ـ ٤٩١ ـ ١٢٥٩ ، استئناف مختلط فى ١٩٣٩/٣/٩ ـ المحاماة ـ ١٩ ـ ٨٥ ـ ١٣٥ ٠

٤١٨ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ الغبن اللاحق والظروف الطارئة ـ المرجع السابق ص٢٥١ ـ ٢٥٣ ٠

(٢) بالنسبة للمشترى : ـ

اذا كان من نتيجةالظرف الطارئ انخفاض قيمة العقار فان لذلك تأثيره على اقتصاديات المشترى فان كان قد أوفى بكامل الثمن فـلا يستطيع أن يسترد ما أوفاه أما اذا كان قد أوفى ببعض الثمن فان حكم الطوارئ يطبق على ما بقى منه ٠

ـ الفرض الثانى : ـ

أن يتجه قصد المتعاقدين الى قصر وظيفة العقد الابتدائى على مجرد تحديد الشروط التى يتم على أساسها البيع أى أن اتفاقهما ليس نهائيا ٠

فى هذه الحالة نكون أمام ما يسمى بمشروع العقد وهو عديم الأثـر القانونى غير ملزم للطرفين الا من وقت تحرير العقد الرسمى أمام الموثق ٠

فلو حدث أن وقعت ظروف طارئة فى الفترة مابين اعداد مشروع العقـد وتحرير العقد الرسمى نتج عنها الاخلال بالتوازن الذى كان قائما بـين التزامات الطرفين فلا يمكن القول بتطبيق أحكام الطوارئ فى هذه الحالة نظرا لأن مشروع العقد غير ملزم وبالتالى يستطيع كل طرف اعادة ترتيـب وضعه التعاقدى عند تحرير العقد النهائى أمام الموثق ٠

واعادة ترتيب الأوضاع لاتعنى الاحتكام الى نظرية الظروف الطارئـة حيث ان الظرف الطارئ كان قد وقع قبل ابرام العقد النهائى وقد سبـق لنا بيان أن من شروط تطبيق أحكام النظرية أن يكون الظرف الطـارئ لاحقا فى وقوعه لابرام العقد وليس سابقا عليه ٠

ـ الفرض الثالث : ـ

ويمثل هذا الفرض الوضع الشائع لابرام عقود بيع العقارات والذى تتمثل

صورته فى أن يقوم الطرفان بتحرير عقد ابتدائى ملزم لكليهما ويرتب كل الآثار ماعدا انتقال الملكية الذى يرجأ لحين ابرام العقد النهائى أمام الموثق .

فلو حدثت ظروف طارئة فى الفترة مابين ابرام العقد الابتدائى والعقد النهائى أدت الى اختلال التوازن بين أداءات العقد فانه يمكن الاحتكام للمادة (٢/١٤٧) مدنى اذا توافرت ضوابطها سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشترى .

ويثور التساؤل حول ما اذا أبرم شخصان عقد بيع عقار وأراد أحدهما أو كلاهما أن يحتكم لنظرية الظروف الطارئة نظرا لحدوث ظرف طارئ فى الفترة مابين ابرام العقد الابتدائى وقبل تحرير العقد النهائى أمام الموثق فهل تترك له الحرية لتكييف العقد ؟ . وهل هذا التكييف ملزم للقاضى ؟ .

وللاجابة على هذا التساؤل بشقيه نقرر أن القاضى ملزم بتفسير العقد وتكييفه حسبما أراده الطرفان اذا كانت عبارته واضحة (م ١٥٠/١ مدنى) أما اذا كانت عبارته غير واضحة مع امكان التعرف على ارادة المتعاقدين فعلى القاضى أن يفعل ذلك عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ (م ٢/١٥٠) وهو مايسمى بالتفسير الشخصى وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن : " المناط فى تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ضمنوها من عبارات اذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون منه " . (٤١٩)

أما اذا لم يستطع القاضى أن يتعرف على النية المشتركة للطرفين عن طريق عبارات العقد ففى هذه الحالة يختص بالفصل فيها عن طريق المعايير

---

٤١٩ ــ نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٣ ــ م ق م ــ ٢٣ ــ ٨٠٦ ــ محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٣ .

الموضوعية التى وضعها له الشارع وهذا مايسمى بالتفسير الموضوعى. (٤٢٠)

وفى النهاية فان محكمة الموضوع لا تتقيد بالوصف الذى يضفيه الخصوم على موضوع المنازعة اذا كان لا يصادف صحيح القانون . وفى ذلك قضت محكمة النقض بقولها : ـ بأن : " محكمة الموضوع ملزمة فى كل حال باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح دون أن تتقيد فى ذلك بتكييف الخصوم لها ". (٤٢١)

وكذلك قضت بأنه : " من المقرر أن تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها واعطائها التكييف الصحيح ". (٤٢٢)

وتجدر الاشارة الى أن مسألة التكييف ليست مسألة وقائع وانما مسألة قانون تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض والتى لها أن تراقبها فى تكييف عبارات العقد والمستندات التى أسست عليها حكمها ولا يعتبر هذا منها تدخلا فى الوقائع لأن العقد باعتباره قانون الطرفين تكون مراقبة تطبيقه من سلطة محكمة النقض. (٤٢٣)

---

٤٢٠ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٤١٩ ـ ٤٢٠ .

٤٢١ ـ نقض مدنى ١٦/٢/١٩٦٧ ـ م نقض م ـ ١٨ ـ ٣٨٧ ـ محمد كمال عبد العزيز ص٤٣٣ .

٤٢٢ ـ نقض مدنى ٢٢/٦/١٩٧٧ ـ م نقض م ـ ٢٨ ـ ١٤٧٠ ـ المرجع السابق ص٤٣٣ .

٤٢٣ ـ نقض مدنى ١١/١/١٩٤٠ ـ م ق م ـ ٥٦ ـ ٨٤١، نقض مدنى ٧/١/١٩٣٧، نقض ٢٢/٦/١٩٣٣، نقض ٢/٣/١٩٣٣ ـ ٥٣ ـ ٥٢ ـ ٥٤ ـ ٨٤٠ المرجع السابق ص٤٣٥ .

الفرع العاشر

بعض البيوع التى يستغرق التعاقد فيها بعض الوقت

أولا : البيع بشرط المذاق : ــ

تنص المادة (٤٢٢) من القانون المدنى على أنه : " اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان "٠

وفى الحقيقة فان بيع المذاق من البيوع التى يكثر اللجوء اليها اذا كان محل العقد من السلع التى تختلف أمزجة الناس بالنسبة لها بمعنى أن المشترى لا يقصد أن يبرم العقد نهائيا الا اذا وجد أن السلعة توافق مزاجه وهواه ٠ (٤٢٤)

وبيع المذاق بهذا الوصف هو فى الواقع نوع من التجربة محلها تذوق عينة من المبيع ولذا ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى امكانية الحاق هذا النوع بالبيع بشرط التجربة مما حدا ببعض الفقهاء الى الدعوة نحو معاملة

٤٢٤ ــ فى تفصيل هذا الموضوع يراجع : د٠ اساعيل غانم ــ الوجيز فى البيع طبعة سنة ١٩٦٣ ص١٠٥ ومابعدها ، د٠ سليمان مرقس ود٠ محمد على امام ــ عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد طبعة سنة ١٩٥٥ ص٥٤ ومابعدها ٠ ، د٠ أنور سلطان و د٠ جلال العدوى ــ عقد البيع طبعة سنة ١٩٦٦ ص١٥٣ ومابعدها، د٠ سمير تناغو ــ عقد البيع طبعة سنة ١٩٧٣ ص٩١ ومابعدها، د٠جميل الشرقاوى ــ البيع والمقايضة طبعة سنة ١٩٧٥ ص٥٠ ومابعدها ، د٠ عبد المنعم البدراوى ــ عقد البيع طبعة سنة ١٩٥٨ ص١٧٠ ومابعدها ٠

النوعين معاملة واحدة تحت مسمى "البيع بشرط الفحص" "la vente a l'examen"
وهذا مافعله قانون الالتزامات السويسرى. (٤٢٥)

ويكيف بيع المذاق على أنه وعد بالبيع ملزم لجانب واحد. (٤٢٦)

فالمشترى يلتزم بتذوق الشيء فقط اذ له كامل الحرية فى القبول أوالرفض
أما البائع فهو ملزم بوعد بالبيع ويترتب على ذلك أنه مادام الموعود له لم
يظهر رغبته فى اتمام العقد خلال المدة المحددة فلا يتم البيع.

ويثور التساؤل حول مدى امكانية تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة
اذا وقعت حوادث استثنائية فى الفترة مابين ابرام الوعد والعقد النهائى؟.

نظرا لأن البيع لا ينعقد بأثر رجعى وانما من يوم اظهار الموعود له
رغبته فانه عملا يستطيع المشترى التخلص من التزامه بادعاء أن المبيع لم
يحز رغبته بعد تذوقه.

حتى لو أراد المشترى اظهار رغبته فانه سيقوم باعادة ترتيب وضعه فى
العقد النهائى وكذا يفعل البائع لأنه لاعذر لهما وهما يتعاقدان فى ظل
هذه الظروف خاصة وأنه لايقبل من أى منهما أى مطالبة بتطبيق أحكام
الطوارئ لأن الحادث لم يكن مفاجأة وانما تعاقدا فى ظل وجوده.

ثانيا : البيع بالعينة :ـ

جرت العادة على أن يعاين الشخص محل العقد قبل ابرامه الا أن ذلك
قد يبدو أمرا متعثرا فى غالب الأحوال لأسباب عديدة فقد يكون المبيع فى

---

٤٢٥ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص٢٤٤.
٤٢٦ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٤ ص٢٨.

مكان بعيد عن مجلس العقد ويتكلف نقله نفقات باهظة وحلا لهذا الاشكال قد يتفق الطرفان على أن يحضر البائع عينة من الشيء المبيع على أن تكون هذه العينة من ذات الصنف المتفق على شرائه بمعنى أن البائع ملزم بتقديم شيء من صنف العينة والا اعتبر مخلا بالتزامه٠ (٤٢٧)

وقد نصت على هذا النوع من البيع المادة (٤٢٠) من القانون المدنى والتى جرى نصها على الآتى : —

"١ — اذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها ٠

٢ — واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق٠ "

وقد ورد بالأعمال التحضيرية أن البيع بالعينة : " يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان فوجب أن يكون المبيع مطابقا لهذا النموذج "٠ (٤٢٨)

وغالبا مايكون البيع بالعينة فى المثليات ومن المتفق عليه أن البيع بالعينه بيع بات (vente) بمعنى أن عقد البيع يعتبر تاما منذ الاتفاق على شروط البيع والعينة التى يقتصر دورها بعد ذلك على تعيين محل البيع بدقة٠

وعلى ذلك اذا تم الاتفاق على العينة وقبل أن يعلن المشترى موقفه من المبيع حدث ظرف طارىء أخل بالتوازن بين أداءات الطرفين فلاشك أنه

---

٤٢٧ — انظر: د٠ محمد لبيب شنب — عقد البيع ص٦١ ومابعدها، د٠ عبد المنعم البدراوى — المرجع السابق ص١٦٣ ومابعدها، د٠ سمير تناغو — المرجع السابق ص٧٦ ومابعدها د٠ خميس خضر — المرجع السابق ص٤٨ ومابعدها٠

٤٢٨ — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٤ ص٢٢ ٠

يمكن الاحتكام الى نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها لأن الظرف قد وقع بعد ابرام عقد بات ونهائي ٠ (٤٢٩)

ولا يقدح في اعتبار البيع بالعينة بيعا تاما ونهائيا كون البيع قد تم طبقا لأنموذج أو طبقا لنتيجة التحليل اذ في الحالين يخضع العقد لأحكام الظرف الطارئ اذا توافرت شروطه وكان العقد لم ينفذ أو مازال في طور التنفيذ ٠ (٤٣٠)

ثالثا : البيع بشرط التجربة : ـ (٤٣١)

تنص المادة (٤٢١) من التقنين المدني على الآتي : ـ

"١ ـ في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا ٠

٢ ـ ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ " ٠

---

٤٢٩ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص٢٤١ ٠
٤٣٠ ـ المرجع السابق ص٢٤١ ـ ٢٤٢ ٠
٤٣١ ـ راجع : د٠ السنهوري ـ الوسيط ـ البيع والمقايضة جـ٤ ص١٢٨ ومابعدها ، د٠ سليمان مرقس ود٠ محمد على امام ـ المرجع السابق ص٥١ ومابعدها ، د٠ أنور سلطان ود٠ جلال العدوي ـ المرجع السابق ص١٦٢ ومابعدها ، د٠ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٠٨ ومابعدها ، د٠ سمير تناغو ـ المرجع السابق ص٨٥ ومابعدها ٠

والبيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف أو فاسخ وشـــــرط التجربة لا يثبت الا بالاتفاق سواء الصريح أو الضمنى الذى يستخلص مـــن ظروف التعاقد وخاصة بما جرت عليه العادة. (٤٣٢)

فالمتعاقدين يتفقان على جميع شروط البيع ولكنهما يؤجلان اتمامه الـى حين قيام المشترى بتجربة المبيع وقبوله له ويتفق الطرفان على مدة يجب اجراء التجربة خلالها أو يترك تحديدها للبائع. (٤٣٣)

ويحدث أن تقع حوادث طارئة فى الفترة المضروبة للتجربة وقبل اعـلان المشترى عن رغبته فى امضاء البيع أو الاحجام عنه فما مدى القول بصحـــة الاحتكام لنظرية الظروف الطارئة ؟ .

نظرا لأن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف أو فاسخ (منهى) فاذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا طبقت أحكام نظرية الظـــروف الطارئة لأن الحوادث الاستثنائية تكون قد وقعت بعد ابرام العقد وذلـك تطبيقا للأثر الرجعى للشرط. (٤٣٤)

رابعا : البيع بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس: ـ

يحتاج تحديد المبيع فى هذا النوع من البيع الى اجراء عملية وزن أو عد أو كيل أو مقاس حسب نوع هذا المبيع وهو يقابل ما يسـمى بالبيـع الجـزاف vente en bloc وهو الذى لا يحتاج الى هذه العمليات. (٤٣٥)

---

٤٣٢ ــ د. السنهورى ــ المرجع السابق ص١٣١ .
٤٣٣ ــ د. محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص٢٤٣ .
٤٣٤ ــ المرجع السابق نفس الموضع.
٤٣٥ ــ المرجع السابق ص٢٤٦ .

والفارق الجوهرى بين هذين النوعين من البيع يتمثل فى وقت انتقال الملكية اذ تنتقل بمجرد التعاقد فى حالة البيع الجزاف بينما تتراخى فى بيع الأشياء المعينة بنوعها الى وقت افرازها سواء بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس وهذه العمليات تحتاج لوقت قد يطول أو يقصر ومن الممكن أن يحدث خلاله ظرف طارئ يترتب عليه صيرورة التزام البائع أو المشترى مرهقا له وفقا لما نصت عليه المادة ٢/١٤٧ مدنى .

فما مدى أحقية الطرف المرهق فى الاحتكام لنظرية الظروف الطارئة ؟ .

الواقع أن البيع بالوزن أو العد أو الكيل أو المقاس هو بيع تام منذ الاتفاق على شروطه ولا يؤثر فى ذلك توقف انتقال الملكية على اجراء عملية من هذه العمليات ولذلك يمكن تطبيق أحكام النظرية اذا توافرت شروطها . (٤٣٦)

---

٤٣٦ ــ المرجع السابق ص٢٤٨ ــ ٢٤٩ .

الفرع الحادى عشر

العقـــد الموصـــوف

قد لايكون التزام الشخص منجزا دائما بل قد يلحق بالعقد وصف يجعله غير منجز كتعليق التزام المتعاقد على شرط أو اضافته لأجل .

والشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع أو هو أمر عارض أو خارجى تضيفه الارادة الى التزام استكمل كل العناصر التى يستلزمها القانون . (٤٣٧)

فالشرط قد يقع وقد لايقع الا أن هذا الأمر يجب ألا يكون متعلقـــا بارادة المتعاقدين .

والشرط نوعان : شرط واقف ويترتب على تحققه نشوء الالتزام كأن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج .

وشرط فاسخ يترتب على تحققه انقضاء الالتزام كأن يهب شخص لآخـــر ملكية عين معينة على أن تفسخ الهبة اذا رزق الواهب بولد .

---

٤٣٧ ــ انظر فى هذا الموضوع : د. محمد شكرى سرور ــ موجز الأحكـــام العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى طبعة سنة ١٩٨٥ ص ١٥٢ ومابعدها ، د. عبد الفتاح عبد الباقى دروس فى أحكـــام الالتزام بند ١٣٨ ومابعده ، د. عبد الودود يحيى ــ دروس فى أحكـــام الالتزام ص١١٥ ومابعدها . ، د. عبد المنعم البدراوى ــ النظرية العامة للالتزامـــات فى القانون المدنـــى المصرى جـ ٢ ــ أحكام الالتزام طبعة سنة ١٩٧٥ ص٢٣٠ ومابعدهـــا ، د. السنهـــورى الوسيـــط جـ٣ ــ أوصـــاف الالـــتزام والحـــوالـــة ص١٢ ومابعدهـــا ، مجموعـــة الأعمـــال التحضيريـــة للقـــانـــون المدنـــى جـ٣ ص٧ .

ويثور التساؤل حول مدى امكانية تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقد المعلق على شرط؟ ٠

للاجابة على ذلك نفرق بين نوعى الشرط : ـ

(١) الشرط الواقف : ـ

اذا علق الالتزام على شرط واقف فلا يكون له وجود فى فترة التعليق ولكن العقد قائم بمعنى أنه لو تحقق الشرط فان وجود الالتزام يتأكد ليس من وقت تحقق الشرط وانما بأثر رجعى من وقت ابرام العقد ٠

فاذا حدث ظرف طارئ فاننا نفرق بين أمرين : ـ

أ ـ اذا حدث الظرف الطارئ بعد ابرام العقد وقبل تحقق الشرط فالبعض يرى تطبيق أحكام الظروف الطارئة تطبيقا عاديا على العقد بحجة أن الأخير نشأ فى فترة سابقة على حدوث الظرف الطارئ٠(٤٣٨)

الا أننا لا نتفق مع ما انتهى اليه هذا الرأى فالعقد حقيقة قائم والظرف الطارئ حدث بعد ابرامه٠ ولكن وجود العقد فى حد ذاته ليس هو المعول عليه فى هذا الصدد بل يجب أن تكون الالتزامات المتولدة من هذا العقد نافذة٠

بمعنى أن الدائن يطالب بها المدين ويستطيع أن يجبره اذا لم يمتثل لتلك المطالبة وكل ذلك غير متحقق فى المثال الذى نحن بصدده اذ الالتزام موقوف وكل مايستطيع صاحب الحق المعلق على الشرط أن يفعله هو اتخاذ الاجراءات التى تتناسب مع كون هذا الحق موجود ولكن وجوده غير كامل فهى بمثابة اجراءات تحفظية للمحافظة على بقاء الحق والحيلولة

---

٤٣٨ ـ د٠ حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص٤١٩ ٠

بين المدين وبين ما من شأنه عرقلة تحقق الشرط ومانحو ذلك٠

يؤكد ذلك أنه لو تحقق الشرط وكانت الظروف الطارئة قائمة فان للمدين أن يطلب تطبيق أحكامها ليتوقى مطالبة الدائن مع ماتحمله في طياتها من تهديد بخسارة فادحة والعكس صحيح لو انتهت آثار الظروف الطارئة ثم تحقق الشرط فان للدائن مطالبة مدينه بالتنفيذ وليس للأخير الاعتراض اذ أنه سينفذ التزامه في ظروف عادية٠

ب ـ اذا حدث الظرف الطارئ بعد تحقق الشرط وأثناء تنفيذ الالتزام فان أحكام النظرية تتطبق اذا طلب المدين ذلك٠ وكذلك الحال لو تحقق الشرط وكان أثر الظرف الطارئ الذى وقع قبل تحققه مازال قائما فانه يمكن الاحتكام لنص المادة (٢/١٤٧) مدني اعمالا للأثر الرجعي للشرط٠

الا أن المتعاقدين يمكن أن يخالفا هذه القاعدة وهي الأثر الرجعي للشرط لأنها لاتعدو أن تكون سوى مجرد افتراض قانوني٠ (٤٣٩) ويجعلا للشرط أثرا فوريا وفي هذه الحالة اذا تحقق الشرط وكانت الظروف الطارئة مازالت قائمة فاننا لانستطيع أن نطبق أحكام الظروف الطارئة في هذه الحالة لأن شرطها أن تحدث في وقت لاحق للتعاقد وبالتالي ليس أمامنا سوى الاحتكام لقواعد الغلط في القيمة والتي سبق لنا التعرض لها عند تناول المذاهب الخاصة ببيان طبيعة الالتزام التعاقدى الذى تطبق عليه النظرية أهو العقد الفورى أم التراخي٠ (٤٤٠)

---

٤٣٩ ـ د٠ محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص٢٣٥ ٠

٤٤٠ ـ راجع ص٢١٣ من الرسالة ومابعدها ٠

(٢) الشرط الفاسخ : ـ

الالتزام المعلق على شرط فاسخ موجود وقائم ونافذ ولكنه مهـــــد د بالزوال اذا تحقق الشرط ولذلك اذا حدثت الظروف الطارئة بعد ابـــرام العقد وقبل تحقق الشرط طبقت أحكامها تطبيقا عاديا ٠

على أنه أحيانا ما تثور الصعوبة حول تحديد ما اذا كنا بصدد شـرط واقف أم شرط فاسخ ولا شك أن تحديد ذلك تتوقف عليه أمور بالغة الأهمية على الأقل من حيث الآثار التى تترتب على كلا نوعى الشرط٠ ويرجع لتحديد ذلك بداية لنية الطرفين والتى يتوصل اليها قاضى الموضوع من ظـــروف التعاقد وملابساته ٠

مثال ذلك : البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة٠ فهل الشرط هنا واقف بمعنى ان البيع لا يتم الا بموافقة الغير أم هو شـرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على أن يفسخ اذا لم يوافق الغـير علـــى البضاعـة ؟ ٠ (٤٤١)

ولقد قضت محكمة النقض أنه : " لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (بيع أعيان موقوفة) بأنه معلق على شرط احتمالى ٠ ذلك لأن الشـــرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بارادة انسان والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل٠ فان تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلـــق علـى شـرط واقـــف انما هو تكييف صحيح ٠ (٤٤٢)

---

٤٤١ ـ د٠ السنهورى ـ المرجع السابق ص٣٧ ، د٠ محمد شكرى سرور ـ المرجع السابق ص٥٤ ٠١
٤٤٢ ـ نقض مدنى ٧ / ٦ / ١٩٦٦ ـ م نقض م ـ ١٧ ـ ١٨٢ ـ ص١٣٢٣ ٠

ثانيا : الالتزام المضاف لأجل : ـ

الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع ويترتب عله نفاذ أو انقضاء الالتزام ٠

وللأجل تقسيمات عدة يعنينا منها تقسيمه من حيث أثره حيث ينقسم الى أجل واقف وأجل فاسخ ٠

فالأجل الواقف هو الذى يترتب عليه وقف نفاذ الالتزام الى حين حلوله كأن يلتزم شخص بأن يدفع لآخر مبلغا من النقود بعد مرور سنة مثلا ٠

أما الأجل الفاسخ أو المنهى فيترتب على حلوله انقضاء التزام موجود ونافذ كأن يؤجر شخص لآخر سيارته لمدة ستة أشهر ٠ (٤٤٣)

ويثور التساؤل بصدد حدوث الظرف الطارئ ومدى امكانية اعمال أحكامة بالنسبة للالتزام المضاف لأجل ؟ ٠

نفرق بين الأجل الواقف والأجل الفاسخ : ـ

(١) الأجل الواقف : ـ

اذا وقعت الظروف الطارئة بعد ابرام العقد المضاف لأجل واقف وقبل حلوله فلا تطبق أحكام النظرية لكون الالتزام موجود لكنه غير مستحق الأداء وكل مايكون للدائن هو اتخاذ الاجراءات التى

---

٤٤٣ ـ انظر فى تفصيل ذلك : د٠ محمد شكرى سرور ـ المرجع السابق ص١٧٥ ومابعدها د٠ جميل الشرقاوى ـ النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الثانى ـ أحكام الالتزام طبعة سنة ١٩٨١ ص ١٥٠ ومابعدها ، د٠ محمود جمال الدين زكى ـ نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى جـ٢ ـ أحكام الالتزام طبعة سنة ١٩٧٤ ص١٢٦ ومابعدها مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٣ ص٢٤ ـ ٢٥ ٠

بمقتضاها يحافظ على حقه ·

وعدم استحقاق الأداء يعني أن الدائن لايستطيع اجبار المدين على الوفاء بالتزامه والأثر الأخير يبرز لنا العلة من عدم جواز تطبيق أحكام النظرية لأن الالتزام غير نافذ قبل حلول الأجل ·

أما اذا حل الأجل أمكن تطبيق أحكام النظرية اذا توافرت ضوابطها·

(٢) الأجل الفاسخ : ـ

اذا كان الأجل فاسخا فان الالتزام يكون موجودا ونافذا وتترتب لهذا النفاذ كل أحكامه كالعقد الناجز تماما ومنها تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عند توافر شروطها ·

المطلب الثانى

الظـرف الطـارئ

تنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدنى على الآتى : "٢ ــ ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقـــا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ٠٠٠٠ "٠

وتتحدث هذه المادة عن الظرف الطارئ فى حد ذاته بدءا من بيان طبيعته حتى بيان أوصافه والتى تتمثل فى كونه استثنائيا ــ عاما ــ غير متوقع وأخيرا تحدثت عن أثر هذا الظرف والذى يتمثل فى الارهاق الذى يصيب المدين مما يهدده بخسارة فادحة ٠

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نقسم خطة البحث الى ثلاثة أفرع : ــ

الفرع الأول : نتكلم عن طبيعة الظرف الطارئ وطوائفه ٠

الفرع الثانى : أوصاف الظرف الطارئ ٠

الفرع الثالث : صفة الالتزام المتأثر بالظرف الطارئ ٠

الفرع الأول
طبيعة الظرف الطارئ وطوائفه

لم تتفق التشريعات التي أقرت أحكام الطوارئ على وضع مدلول محدد لطبيعة الظرف الطارئ فبعضها قد تناوله من خلال ايراد تطبيقاته كالقانون البولندى الذى تكلم عن الحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكا كليا . كأمثلة تطبيقية للظرف الطارئ . (٤٤٤)

فى حين نرى البعض الآخر قد حدد الظرف الطارئ من خلال أوصاف وضوابط محددة كاطار عام يدخل فيه ماهو من جنسه وهذا بلاشك مسلك أدق من سابقه وقد تبناه القانون المصرى من خلال نص المادة (٢/١٤٧) سالفة الذكر والذى ترك للفقه والعمل تحديد مايعد ظرفا طارئا وكذلك فعل التقنين المدنى الايطالى (م١٤٦٧) .

وأمام هذا المسلك التشريعى الذى جعل الباب مفتوحا على مصراعيه فى شأن تحديد مايعد ظرفا طارئا فاننا سنقوم بمحاولة لحصر طوائف الظرف الطارئ على النحو التالى : ــ

أولا : من حيث مصدر الظروف الطارئة : ــ

تنقسم الظروف الطارئة من حيث مصدرها الى ثلاث طوائف : ــ

(١) ظروف طبيعية : ــ

وهى الظروف التى يكون مصدرها الطبيعة وتحدث دون تدخل من الانسان .

---

٤٤٤ ــ المادة (٢٦٩) من قانون الالتزامات البولندى سنة ١٩٣٢ مشار اليه د. السنهورى الوسيط ــ العقد ص ٨٧٢ .

وأبرز مثال لها الزلازل والفيضانات والسيول (٤٤٥) والطيور الضارة بالمحاصيل . (٤٤٦) وكذلك الأعاصير ولعل أشهرها ماحدث عام ١٩٨٨ بسواحل خليج المكسيك من جراء اعصار جلبرت أو الوحش المخيف حسبما يطلقون عليه والذى كان يسير بسرعة هائلة صوب السواحل الجنوبية الأمريكية مما ترتب عليه خسائر فادحة فى الأرواح والأموال . (٤٤٧) كذلك يعد من الظروف الطبيعية أسراب الجراد الهائلة التى تهلك الأخضر واليابس من المزروعات .

---

٤٤٥ ـ وخير مثال على ذلك السيول التى أضرت بالسودان الشقيق خلال سبتمبر سنة ١٩٨٨ .

٤٤٦ ـ تسببت هذه الطيور فى الحاق خسائر كبيرة تراوحت بين ٢٪ الى ٦٪ من انتاجية الفدان من محصول القمح والفول كما أشارت النتائج الى حدوث خسائر لم يتم تحديدها بعد بمحصول الذرة الرفيعة والفواكه والفراولة والحبوب المخزونة وذلك نتيجة لتزايد أعداد هذه الطيور سواء المستوطنة أو المهاجرة بدرجة ملحوظة وعلى خلاف ماهو مألوف فى الفترة الأخيرة (من مقال بجريدة الأهرام القاهرية ـ العدد رقم ٣٧١٧٦ فى ١٩٨٨/٩/٢٠) .

٤٤٧ ـ ولقد أطلق على هذا الاعصار أضخم اعصار فى القرن العشرين أو التاريخ المعروف حيث بلغت سرعة رياحة من ٢٠٠ ـ ٣٠٠ كم فى الساعة وبلغ عدد ضحاياه فى بدايته ٢٦ قتيلا والعديد من الجرحى وتحطم آلاف المنازل وتشريد مايقرب من ٨٠٠ر٠٠٠ شخص فضلا عن تلف المزروعات ونفوق مئات من رؤوس الماشية وبلغت قسوة نتائجه حدا جعل وكالة الفضاء الأمريكية تقرر ارجاء تحديد موعد اطلاق المكوك الفضائى ديسكفرى لوقت لاحق (جريدة الأهرام القاهرية فى ١٩٨٨/٩/١٦ ـ العدد رقم ٣٧١٧٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعد انتشار دورة القطن ظرفا طارئا لأنه خطر مصدره الاهمال ويمكن دفعه فضلا عن أنه خطر متوقع (٤٤٨) كذلك لا يعد ظرفا طارئا موجات البرد المعتادة فى الشتاء ومايتسبب عنها من أضرار لزراعات الخضر على حين يعد ظرفا طارئا موجات الصقيع التى تهلك الزرع. (٤٤٩)

وأخيرا يعد من الظروف الطارئة كذلك التى مصدرها الطبيعة سقوط الشهب والصواعق وانتشار الأوبئة مثلما حدث فى السودان نتيجة السيول الجارفة على مدينة الخرطوم وغيرها خلال سبتمبر سنة ١٩٨٨ .

(٢) ظروف بشرية :ـ

وهى تلك الظروف التى يكون مصدرها البشر كقيام انقلاب أو ثورة ترتب عليها تعطيل المرافق أو اتلافها واتلاف المزروعات أو تعطل استيراد المواد الخام للمصانع ويأخذ حكم الثورة الحروب ومايترتب عليها.

مثال ذلك الحرب التى كانت قائمة بين العراق وايران وماترتب عليها من تهديد الملاحة البحرية فى الخليج العربى والتى تولد عنها مايسمى بحرب ناقلات البترول وماترتب على ذلك من التأثير على اقتصاديات الدول التى تقع على هذا الخليج أو تمر تجارتها عبر مياهه وبالفعل أعلنت دول الخليج اجراءات التقشف تحسبا لتفاقم الموقف.

كذلك يدخل فى مفهوم الظروف البشرية الاضراب الذى تقوم به

---

٤٤٨ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٧٨ ومابعدها.
٤٤٩ ـ د. جميل الشرقاوى ـ النظرية العامة للالتزام ـ المصادر ص٣١٣ .

طائفة من العمال فى صناعة معينة مما يهدد رواجها ويصيبها بالكساد مع مايترتب على ذلك من تهديد الاقتصاد وعدم قدرة الأفراد المرتبطين فى مصدر رزقهم على هذا المرفق على الوفاء بالتزاماتهم وهو مانصت عليه المادة (٦٧٣ مدنى) . (٤٥٠)

(٣) ظروف تشريعية : ـ

لقد ثار الخلاف فى الفقه حول مدى اعتبار التشريع ظرفا طارئا؟ بادئ ذى بدء نرى أن التشريعات الخاصة بتحديد الأسعار الجبرية للسلع تعد ظروفا طارئة فالقانون الذى يرفع أو يخفض من سعر السلعة فجأة وبطريقة غير متوقعة لا شك يعد ظرفا طارئا. (٤٥١)

الا أن الخلاف قد احتدم حول مدى اعتبار قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ظرفا طارئا ؟ .

وتفصيل ذلك أنه قد ترتب على قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ تغييرات واضحة الأثر فى النظم الاقتصادية القائمة وفى السير العادى للأمور ولا شك أن الثورة فى ذاتها تعد ظرفا طارئا اذ كانت حادثا استثنائيا عاما لم يكن فى الوسع توقعه فضلا عن أنها كانت ذات تأثير عام شمل القطر بأجمعه .

ولقد قامت الثورة باصدار عدة قوانين لاصلاح المسار الاجتماعى والاقتصادى مما أدى الى انقلاب الأمور رأسا على عقب وأحدث اختلافات فى الرأى حول تكييف بعض الأمور ولعل أهمها قاطبة القانون رقم ١٧٨ لسنة

---

٤٥٠ ـ د. حسين عامر ـ القوة الملزمة للعقد ص ٨١ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٥ ص ٨٨ .

٤٥١ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ النظرية العامة للالتزامات ـ جـ ١ ـ مصادر الالتزام ص ٤٠٧ .

١٩٥٢ وهو المسمى بقانون الاصلاح الزراعى والذى أحدث هزة اقتصادية كبيرة فى البلاد ألقت بظلالها على أثمان الأراضى الزراعية .

ولمعرفة مدى هذه الهزة الاقتصادية يجب أن نعلم أن مجال الاستثمار فى مصر قبل صدور هذا القانون يكاد يكون مغلقا على شراء الأراضى الزراعية حتى بلغت أجرة الفدان الواحد فى بعض المناطق ستين جنيها فى السنة وكان مما يشجع على الاستثمار فى هذا المجال كونه ذا عائد مرتفع ومضمون وقد أدى ذلك بدوره الى ارتفاع أثمان الأرض الزراعية . (٤٥٢)

الا أن الريح لا تأتى دوما بما تشتهى السفن فبين عشية وضحاها تبدل الحال وصار المآل باستثمار الأراضى الزراعية الى أسوأ حال بمجرد صدور قانون الاصلاح الزراعى اذ وضع هذا القانون حدا أقصى لأجرة الأرض الزراعية وهو سبعة أمثال الضريبة وبعبارة أخرى أصبحت أجرة الفدان بعد خصم الضريبة لا تزيد فى المتوسط على سبعة عشر جنيها وانعكس ذلك على أثمان الأراضى الزراعية فانخفض ثمن الفدان من ألف جنيه الى ثلاثمائة جنية على اكثر تقدير . (٤٥٣)

وكان لزاما — والحال كذلك — على مستثمر الأرض الزراعية أن يحمل عصاه ويرحل عن هذا المجال وأنى له ذلك وهناك مراكز قانونية معلقة لها تأثير سيء على اقتصاديات المتعاقدين .

وتفصيل ذلك أن هناك عقود بيع أبرمت قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى وكان الثمن فيها مرتفعا وفقا للأثمان التى كانت سائدة وقتئذ وكان بعض الثمن أو كله مؤجلا ثم صدر قانون الاصلاح الزراعى قبل الوفاء بكل الثمن

---

٤٥٢ — د. سمير تناغو — شرح قانون الاصلاح الزراعى — المرجع السابق ص ١٩١ .
٤٥٣ — المرجع السابق نفس الموضع .

وترتب على ذلك أن أصبح الوفاء بهذه الأقساط يمثل ارهاقا للمدينين يهدد بخسارة فادحة مما دفعهم الى رفع دعاوى أمام القضاء يتمسكون فيها بتطبيق حكم المادة (٢/١٤٧) من القانون المدنى على العقود محل هذه الدعاوى — مما أثار الجدل حول تكييف قانون الاصلاح الزراعى من زاوية مدى اعتباره ظرفا طارئا من عدمه ؟ ٠

وحول هذه النقطة ثار جدل عنيف فى الفقه ويمكن القول بأنه وجد فريقان فى هذا الصدد لكل منهم حجته التى تؤيد وجهة نظره ٠

— الفريق الأول : — (٤٥٤)

يرى هذا الفريق أن قانون الاصلاح الزراعى ليس ظرفا طارئا ويحتج بالآتى : —

أ — أن قانون الاصلاح الزراعى تشريع صادر من السلطة العامة فى حين أن الحادث الاستثنائى فى نظرية الظروف الطارئة لابد وأن يكون واقعة مادية فضلا عن أن كتب الفقه قاطبة لم يذكر أصحابها أن التشريع يمكن وصفه بأنه حادث استثنائى ولا يوجد مثال بتلك الكتب على ذلك٠

ب — يعد عقد البيع من العقود الفورية وبالتالى يخرج عن نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى تستأثر فقط بعقود المدة دون غيرها كمحل لتطبيق أحكامها ٠

ولا يقدح فى ذلك كون التزامات عقد البيع كلها أو بعضها مؤجل التنفيذ لأن الدائن حينما يمنح مدينه أجلا انما يفعل ذلك من باب

---

٤٥٤ — يتزعم هذا الفريق — د٠ محمد على عرفة — المرجع السابق ص٥٣ وما بعدها ، حنفى محمد غالى — المرجع السابق ص١٢٩ ومابعدها ٠

التيسير عليه والرفق به فيجب ألا يضار من جراء عمله الانساني والا أحجم كل دائن عن اتباع هذا المسلك اشفاقا مما قد يحيق به من أضرار ٠

ولقد شايع هذا الرأى بعض من أحكام المحاكم وفيها حكم محكمة القاهرة الكلية والذى انتهت فيه المحكمة الى أن : " قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ لا يعتبر حادثا استثنائيا عاما يقتضى تطبيق المادة (٢/١٤٧) مدنى اذ لو اعتبره المشرع كذلك لاكتفى بتطبيق الفقرة الثانية من المادة المذكورة دون أن يتدخل بتشريع خاص باصداره القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ ٠ (٤٥٥)

واذا قلنا أن بعض أحكام القضاء الفرنسي تتوافق مع ما ذهب اليه هذا الفريق فان ذلك لا يكون مستغربا اذ أن موقف المشرع الفرنسى معلوم وهو تبنيه لمعاداة النظرية يعضده ويسانده فى ذلك رأس القضاء الفرنسى وأقصد بذلك محكمة النقض الفرنسية وعلى رسلها سارت حفنة من المحاكم الدنيا ٠

ولذلك صدرت بعض من الأحكام الفرنسية القديمة تنفى عن التشريع امكانية وصفه بالظرف الطارئ عند توافر ضوابط ذلك من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى ١٨٥٦/١/٩ (٤٥٦) ومحكمة أورليان فى ١٨٥٤/٥/٢٤ ٠ (٤٥٧)

---

٤٥٥ ـ القاهرة الكلية فى ١٩٥٧/٥/٣٠ فى القضية رقم ٨٠٨ لسنة ١٩٥٥ مدنى كلى القاهرة وجدير بالذكر أن القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ الذى أشارت اليه المحكمة قد عدل فى بعض أحكام القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (قانون الاصلاح الزراعى) ٠

٤٥٦ ـ civ.9 janvier 1856- D - 1856-1-33.

٤٥٧ ـ orléans. 24 mai 1854. D. 1854-2-132.

– الفريق الثاني : –(٤٥٨)

يرى هذا الفريق أن قانون الاصلاح الزراعي يعد حادثا استثنائيا تتوافر فيه مقومات الظرف الطارئ والتي أبرزتها محكمة النقض في أحد أحكامها بقولها بأن : " قانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر على ماجرى به قضاء محكمة النقض حادثا استثنائيا عاما في مدلول الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدني ذلك أن الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الاصلاح الزراعي سالف الذكر فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعا لأن نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدني قد أطلق في التعبير فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية ". (٤٥٩)

وان كان لنا كلمة نقولها في هذا الصدد فاننا نميل بشدة الى الفريق

---

٤٥٨ – يمثل هذا الفريق – د. السنهوري – الوسيط العقد ص٨٦٩ هامش (١) وكذا مقالة بعنوان : " تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الاصلاح الزراعي ". المحاماة عدد سبتمبر سنة ١٩٦٠ ص١٠٥ ، د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٢٢٣ هامش (١) د. سمير تناغو – المرجع السابق ص١٩٣ ، د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ص٥٨٥ هامش (٢) ، د. محمد عبد الجواد – مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة – المحاماة السنة ٣٩ – العدد الثاني اكتوبر سنة ١٩٥٨ ص١٨٩ ومابعدها. ، د. محمد لبيب شنب – دروس في نظرية الالتزام – المصادر ص٢٦٠ ، د. أنور سلطان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ص٣٨١ ، زكي سعيد البدرماني – شرح قانون الاصلاح الزراعي – الكتاب الأول طبعة ١٩٥٣ ص٨٧. ، أنور العمروسي شرح قانون الاصلاح الزراعي طبعة ١٩٦٣ ص٨٧ .

٤٥٩ – نقض مدني ١٨ / ٢ / ١٩٦٥ – م ١٦ – ١٩١ محمد كمال عبد العزيز ص٤١٩.

الثانى وهو أن قانون الاصلاح الزراعى يعد ظرفا طارئا وحجتنا فى ذلك الآتـى : ـ

(١) أن ما ادعاه الفريق الأول بنفى صفة الظرف الطارئ عن التشريع بمقولة أن الفقه لايعترف بمثل ذلك قول مردود لعكسه تماما حيث ان كتب الفقه التى لم تتناول ذكر قانون الاصلاح الزراعى صراحة كأحد أمثلة الظرف الطارئ اكدت على أن التشريع عموما من أوضح الأمثلة على ذلك بالتركيز على أن قوانين التسعير الجبرى تعد بلا شك ظرفا طارئا واذا كان الأمر كذلك فقانون الاصلاح الزراعى هو تشريع بكل المقاييس وبالتالى يعد ظرفا طارئا عند توافر مقوماته وهى قد توافرت٠ (٤٦٠)

(٢) القول بأن عقد البيع لا يصلح أن يكون محلا لتطبيق أحكام الظروف الطارئة حتى لو تأجل فيه الثمن فقد انتهينا فى دراسة العقود التى تطبق عليها النظرية الى عدم صحة هذا الرأى (٤٦١) وأنه يمثل نظرة تقليدية تقنع من الأمور بظاهرها دون تجاوز ذلك لروح النصوص٠

(٣) القول بأن الدائن متفضل على المدين حينما منحه أجلا ييسر به عليه تنفيذ التزامه فيجب ألا يضار بذلك هو قول يفتقر الى سند لأن الأجل شرط من شروط التعاقد على الصفقه أصلا لولاه لما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ولذا لايعتبر تاجيل

---

٤٦٠ ـ من بين من تناولوا ذكر امكانية أن يكون التشريع ظرفا طارئا دون أن يخصوا قانون الاصلاح الزراعى بذلك : د٠ عبد المنعم البدراوى ـ النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ص٤٠٧ ، د٠ حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص٣١٥ ، د٠ عبد المنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ـ ص٣٣٦ ٠

٤٦١ ـ انظر ص٢١٣ من الرسالة ومابعدها ٠

تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع. (٤٦٢)

(٤) تعرف الظروف الطارئة بأوصافها وبالوصف وحده يمكن القول بوجود الظرف الطارئ من عدمه دون الوقوف عند جوامد الأفكار لافرق في ذلك بين الوقائع المادية والتشريعات.

فمثلا لو استعرضنا قانون الاصلاح الزراعى وما أحاط بصدوره لاستبان لنا على الفور انه ظرف طارئ بالمعنى الفنى الدقيق فمن خلال الحكم المذكور فى الفقرة السابقة مباشرة نرى المحكمة قد تناولت ــ وهى بصدد الحديث عن قانون الاصلاح الزراعى ــ أوصاف الظرف الطارئ بوضوح.(٤٦٣) فأبرزت وصف العموميه باعتباره يعم فى تطبيقه القطر كله ولا يقتصر على قطاع من الأراضى الزراعية دون آخر وأنه ظرف استثنائى يندر وقوعه وبالفعل لم نسمع عن تشريع صدر فى مصر قبله عالج مسألة الملكية الزراعية على نحو مافعل القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فضلا عن عدم امكانية توقعه لأن الثورة قصدت به المباغتة حتى لايتصرف أصحاب الأطيان الزراعية فيها على نحو يفوت الغرض من صدور هذا القانون وأخيرا لايمكن دفع هذا الظرف لأنه بوصفه قانون يجب تطبيقة وعلى المخاطبين بأحكامه الامتثال لذلك وتكفل السلطة العامة اجترام ذلك شأنه شأن سائر القواعد القانونية المطبقة.

---

٤٦٢ ــ نقض مدنى جلسة ٣/١/١٩٦٣ ــ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ عدد (١) رقم (٢) ص ٣٧ ومابعدها.

٤٦٣ ــ فى نفس المعنى انظر الأحكام الآتية : حكم محكمة كفر الشيخ الابتدائية فى ٢٧/٦/١٩٥٤ مشار اليه زكى سعيد البدرمانى ــ شرح قانون الاصلاح الزراعى ــ الكتاب الثانى ص ٢٩ . حكم القاهرة الابتدائية فى ٣١/١٠/١٩٥٣ ــ المرجع السابق ص ٢١ . الأحكام الواردة بمجلات المحاماة ومنها : المحاماة السنة ٣٤ ص ٧٣٥ ، المحاماة السنة ٣٥ ص ٣٩٠ .

بذلك نكون قد انتهينا الى أن قانون الاصلاح الزراعي يعد بكل المقاييس ظرفا طارئا وأن الجدل الذى ثار حول هذه النقطة كان ينبغى توجيهه الى زاوية أخرى من زوايا القانون تستحق ذلك لأنه وكما قال أستاذنا المغفور له د. السنهورى أن هذه المسألة : " تتعلق بتطبيق حكم خطير من أحكام التقنين المدنى ما كان ينبغى أن يكون أمره مثار جدل لأن وجه الحق فيه ظاهر ". (٤٦٤)

وتجدر الاشارة الى أنه اذا كنا قد انتهينا الى اعتبار قانون الاصلاح الزراعى حادثا طارئا فان ذلك يقتصر على المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ اذ هو الذى توافرت فيه أوصاف الظرف الطارئ وانطلاقا من مبدأ دوران المعلول مع علته فان وصف الظرف الطارئ لا يصدق على التشريعات اللاحقة لهذا القانون والتى حددت الملكية أيضا وهى القوانين : ٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، ٢٧ لسنة ١٩٦١ ، ٥٠ لسنة ١٩٦٩ حيث لم تتوافر لها مقومات الظرف الطارئ أو افتقدت لبعض أوصافه اذ هى على الأقل كانت متوقعه فضلا عن عدم تأثيرها على أثمان الأراضى الزراعية. (٤٦٥)

ثانيا : من حيث مداه : ـ

ينقسم الظرف الطارئ من حيث مداه الى طائفين هما : ـ

---

٤٦٤ ـ د. السنهورى ـ المقال السابق بمجلة المحاماة ص ١٠٧ ومن بين أحكام النقض التى أيدت الفريق الثانى نذكر : نقض ٧/١٢/١٩٦١ ، ١٠/٥/١٩٦٢ ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامه للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية (المكتب الفنى السنة ١٢ العدد ٣ ص ٧٥٢ والسنة ١٣ ـ العدد الثانى ص ٦٢٩ وكذلك حكم محكمة حلب الجزئية فى ١٧/٨/١٩٥٩ والذى اعتبرت فيه قانون الاصلاح الزراعى ظرفا طارئا ـ مشار اليه فى أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص ٢٣٩ .

٤٦٥ ـ د. سمير تناغو ـ المرجع السابق ص ٢٠٣ .

(١) ظرف دائم : ـ

ويعد الظرف دائما اذا امتد أثره فترة ليست بالقليلة كصدور تشريع يرفع سعر السلعة أو يرفع أجور عمال صناعة معينة .

(٢) ظرف مؤقت : ـ

ويتمثل في الواقعة ذات الأثر المؤقت ومثاله اضراب عمال مصنع لمدة معينة أو اصدار قانون وقتي لرفع أو خفض سعر سلعة معينة لظروف خاصة تعود الأمور بعدها عادية وهكذا . (٤٦٦)

ولبيان أهمية التفرقة بين الظرف الدائم والمؤقت سنرى أن من بين صلاحيات القاضي في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول اما تعديل مضمون الالتزام على تفصيل سنراه فيما بعد أو تأجيل تنفيذ العقد ولاشك أن الحل الأخير يتناسب مع الظروف المؤقته لأنه يرجى زوالها .

ثالثا : من حيث منشؤه : ـ

ينقسم الظرف الطارئ من حيث منشؤه الى الآتي : ـ

(١) ظرف مفاجيء : ـ

وهي الظروف التي تنشأ فجأة بحيث يبدأ الظرف الطارئ ويكتمل في وقت قصير كنشوب حرب أو قيام ثورة أو سقوط الشهب والصواعق .

(٢) ظروف تدريجية : ـ

وهي تلك الظروف التي تتكون وتكتمل تدريجيا ببطء كارتفاع الأسعار الذي يبدأ عاديا مألوفا ثم يأخذ في الازدياد التدريجي

---

٤٦٦ ـ د. حسبو الفزاري ـ المرجع السابق ص ٢٩٦ .

حتى يصل الى وضع غير مألوف يسبب ارهاقا للمدين ٠

والفارق بين الظرفين واحد اذ تؤتى الظروف المفاجئة ثمارهـــا وقت حصولها أما الظروف التدريجية فانها لاتؤتى ثمارها الا على المـدى الزمنى البعيد وبعبارة أخرى يعد الزمن عنصرا هاما فى تكوين هذه الظروف٠

رابعا : من حيث تركيبه : ــ

ينقسم الظرف الطارئ من حيث تركيبه الى ظرف مفرد وآخر مركب: ــ

(١) الظرف المفرد : ــ

وهو الظرف الذى يتمثل فى حادثة مفردة بذاتها يتوافر لهـــا ضوابط الظرف الطارئ كحدوث الزلازل والفيضانات٠

(٢) الظرف المركب: ــ

ومعنى هذا أن الحادث فى حد ذاته لايعد ظرفا طارئا وانما تسبقه واقعة أو عدة وقائع تجعله كذلك٠

مثال ذلك: صدور قانون معين فى حد ذاته ليس ظرفا طارئـا ولكن الملابسات التى تصاحب صدوره تجعل منه ذلك٠

فقانون الاصلاح الزراعى على ما رأينا يعد حادثا طارئا ولم يكــن كذلك لو نظرنا اليه مفردا ولكن ما أحيط به من ملابسات جعلته ظرفا طارئـا وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف الاسكندرية فى حكمهـــا بتـاريـــخ ١٩٥٦/٢/٢٦ م بقولها : " ان هبوط الأسعار لم يكن نتيجة مترتبة على صدور قانون الاصلاح الزراعى وحده دون اعتبـار لباقى الظروف الاقتصادية

التي عاصرت صدور هـذا القانون ". (٤٦٧)

كذلك قضت محكمة كفر الشيخ الابتدائية في حكمها بتاريخ ١٩٥٤/٦/٢٧ م بالآتي : "... وحيث انه عن الأمر الأول فلا مراء أن حركة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ثورة وقد أعلن قائدها سقوط دستور سنة ١٩٢٣ وقيام دستور جديد وكذلك القوانين التي أصدرتها وتصدرها حكومة الثورة وفي مقدمتها قانون الاصلاح الزراعي ليس الا مظاهر ونتاجا لهذه الثورة فهي حادث استثنائي مفاجيء .... وحيث انه ليس من شك في أن الثورة حادث استثنائي يندر وقوعه وعام شامل لطائفة من الناس ". (٤٦٨)

ويتميز الظرف المركب بأنه لا ينظر اليه وحده ولكن بالنظر الى مجموعة الظروف والملابسات التي صاحبته فضلا عن ضرورة توافر أوصاف الظرف الطارئ بالنسبة لكافة العناصر المكملة لهذا الظرف. فاذا تخلف شيء من هذا بالنسبة لأى عنصر فقد صفته كظرف طارئ .

ومن ناحية أخرى يجب اثبات رابطة السببية بين كل عناصر الظرف المركب والارهاق الذى لحق بتنفيذ التزام لأن الفرض أن جميع العناصر تضافرت في جعل الالتزام مرهقا . (٤٦٩)

خامسا: من حيث تأثيره : ـ

لا شك أن للظرف الطارئ أيا كان نوعه تأثير واحد على الالتزام وهو الارهاق.

---

٤٦٧ ـ د. محمد عبد الجواد ـ شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ العدد الرابع ص ٦٣ ومابعدها .
٤٦٨ ـ زكى سعيد البدرماني ـ المرجع السابق ص ٣٢ ـ ٣٣ .
٤٦٩ ـ د. حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص ٢٩٤ .

الا أن زاوية التأثير فى حد ذاتها هى التى تختلف فقد يكون التأثير بطريقة ايجابيه أو سلبيه وفى الحالين الأثر واحد وهو الارهاق وعلى ذلك يمكن القول بأن الظرف الطارئ ينقسم من حيث تأثيره الى ايجابى وسلبى: —

(١) الظرف الايجابى : —

ويتمثل فى الوقائع الايجابيه التى توصف بأنها ظرف طارئ كزحف أسراب الجراد والاضراب ..... الخ .

(٢) الظرف السلبى : —

ويتمثل الظرف الطارئ فى هذه الحالة فى عدم حدوث واقعه كان المفروض أن تحدث فيعتبر عدم حدوثها فى حد ذاته ظرفا طارئا . (٤٧٠)

مثال ذلك: عدم نزول المطر مما ترتب عليه جفاف المزروعات وهذا ما تنص عليه المادة ٢٨٣ من القانون التونسى .

وتظهر أهمية هذا التقسيم من ناحية عبء الاثبات فيستطيع المدعى اثبات الظرف الايجابى باقامة الدليل على الواقعة الايجابية ذاتها .

أما الظرف السلبى فيصعب اثباته الا باقامة الدليل على واقعة ايجابية منافيه له . (٤٧١)

---

٤٧٠ — د. حسبو الفزارى — المرجع السابق نفس الموضع .

٤٧١ — د. عبد الودود يحيى — دروس فى قانون الاثبات — دار النهضة العربية ص ١٣ .

الفرع الثانى
أوصاف الظرف الطارئ

تناولت الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدنى أوصاف الظرف الطارئ بقولها : " .... حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها " .

ونستطيع من مطالعة عبارة النص السابقة القول بأن أوصاف هذا الظرف تنحصر فى ثلاثة وهى الاستثنائية والعمومية وعدم التوقع .

ويلاحظ أن وصف الاستثنائية والعمومية وصفان يلحقان ذات الظرف الطارئ أما عدم التوقع فهو وصف يلحق بالظرف الطارئ بالنظر الى المدين الذى أصابه الارهاق .

ولما كان المبدأ العام فى تنفيذ العقود يقتضى أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه وفقا لما يوجبه عليه حسن النية فان من لوازم هذا المبدأ الأخير ونحن بصدد النظرية محل البحث ألا يكون للمدين دخل فى احداث الظرف الطارئ وهو مايعبر عنه بعدم الارادية كذلك لا يجمل بالمدين أن يطلب رفع الارهاق عن كاهله وقد كان بمقدوره تفادى هذا الارهاق ولو فى بعض مظاهره وهو مايعبر عنه بعدم القدرة على الدفع . والوصفان الأخيران يلحقان بالظرف الطارئ بالنظر الى المدين الذى أصابه الارهاق .

وعلى ذلك يمكن القول بأن أوصاف الظرف الطارئ خمسة اثنان منهما يتعلقان بالظرف ذاته وثلاثة تتعلق به ولكن من خلال المدين المرهق .

ونتناول تلك الأوصاف فى بندين على التوالى : ــ

البند الأول : الأوصاف المتعلقة بالظرف الطارئ ذاته .

البند الثانى : الأوصاف المتعلقة بالظرف الطارئ باتصاله بالمدين .

البند الأول

الأوصاف المتعلقة بالظرف الطارئ ذاته

سبق لنا القول أن الأوصاف المتعلقة بالظرف الطارئ ذاته تنحصر في وصفين هما العمومية والاستثنائية ونتناولهما تباعا ٠

أولا ـ العمومية

يقصد بعمومية الحادث الطارئ ألا يكون خاصا بالمدين بل يشمل طائفة من الناس. (٤٧٢)

وعلى ذلك فالحوادث الطارئة الخاصة بالمدين لا تهيئ لتطبيق أحكام النظرية كافلاسه أو اعساره أو مرضه أو احتراق محصوله أو بضاعته حتى لو أدت هذه الظروف الخاصة الى صعوبة تنفيذه لالتزامه ٠

كذلك لا يجوز للمدين أن يتعلل باصابة محصوله بدودة القطن اذا كان أثر الدودة البالغ حدا غير مألوف قد اقتصر على محصوله ولم يتعده الى غيره بشكل تتوافر فيه صفة العموم ٠ (٤٧٣)

وليس معنى اشتراط كون الحادث الطارئ عاما أن يشمل كل اقليم الدولة أو أفراد الشعب بل يكفي أن يصيب منطقة معينة بأن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس كأهل بلد أو اقليم معين أو طائفة معينة منهم كالزراع

---

٤٧٢ ـ د٠ عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٦٣٣ ، د٠ عبد الحي حجازي ـ المرجع السابق ص٥٨٦ ، د٠ احمد سلامة ـ المرجع السابق ص١٦١ ، د٠ أنور سلطان ـ المرجع السابق ص٣٨١ ، د٠ السنهوري ـ المرجع السابق ص٨٧٢ ، د٠ عبد المنعم البدراوي ـ المرجع السابق ص٤٠٧ ٠

٤٧٣ ـ د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص٢٢٥ ، د٠ مختار القاضي ـ المرجع السابق ص ٢٦٢ ٠

فى جهة ما أو منتجى سلعة بذاتها أو المتجرين فيها ٠

وفى الحقيقة فان صفة العمومية فى الحادث لم ترد ضمن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الذى لم يكن يشترط سوى أن يكون الحادث الاستثنائى غير متوقع الا أن لجنة المراجعة أضافت هذا الشرط والذى لم يتطلبه القانون المدنى الايطالى (م١٤٦٧) ٠ (٤٧٤)

الا أنه يمكن القول بأنه وفقا لما جرى عليه العمل بالمحاكم الايطالية فان هذا الشرط مأخوذ به وكأنه يستنبط من نص المادة (١٤٦٧) ضمنا ٠

فقد قضت محكمة نابولى فى ١٩٤٧/٢/١٧ م بأن : " الارهاق الفادح يجب مع ذلك أن يؤثر موضوعيا فى العقد فلا يعتبر من قبيل الارهاق الفادح سوء مركز أحد الطرفين الناشئ من ظروف شخصية بحتة " ٠ (٤٧٥)

ولقد حددت مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى مفهوم العمومية بقولها : " المراد باضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة من الجراد أو انتشار وباء " ٠ (٤٧٦)

وتأكيدا لاشتراط العمومية وصفا فى الظرف الطارئ فقد انبرى بعض الفقهاء لتأييد هذا فهو يرى أن أضافة المشرع لهذا الوصف بالرغم من خلو القانونين البولونى والايطالى منه انما ينم عن رغبة المشرع فى تضييق نطاق

---

٤٧٤ ـ د٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨٦ ٠

٤٧٥ ـ المرجع السابق ص٥٨١ هامش (١) ٠

٤٧٦ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص٢٨٢ ٠

تطبيق النظرية حتى لاتنال كثيرا من القوة الملزمة للعقد . (٤٧٧)

وعلى صعيد آخر يرى البعض من أنصار هذا الاتجاه أن اضافة وصف العموميه هو أمر مستحسن حتى لا يعتد بالظروف الخاصة للمدين التي قد تكون مدخلا للغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع. (٤٧٨)

بل ان التشدد تجاه استحسان اشتراط وصف العمومية بلغ مداه حينما ذهب بعض من الفقهاء الى القول بأن عدم اشتراط القانون البولندى لوصف العمومية لا يعني تخليه عنه بل انه مشترط ضمنا بين ثنايا النص الذى أقره وذلك من خلال مطالعة أمثلة الحوادث الاستثنائية التي عددها المشرع البولندى والتي يبدو من خلالها أن الاعتداد بتلك الحوادث غير منتج الا اذا كان الحادث ذا طابع عام فالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكا كليا ليست على وجهتها الصحيحة سوى ظروف طارئة ذات طابع عام فهلاك المحصول هلاكا كليا ينطوى على دلالة عامة بمعنى هلاك جميع المحاصيل التي كانت قائمة على مسرح الحادث أو على الأقل هلاك معظمها ويؤكد هذا الاتجاه وجهة نظره أخيرا بسوق العبارة التي اختتم بها المشرع البولندى تعداد الحوادث الطارئة بقوله : " أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ". (٤٧٩)

وعلى العكس مما أخذ به المشرع المصرى من وصف العمومية نرى معظم

---

٤٧٧ ــ د. عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص٣٣٦ .

٤٧٨ ــ د. أنور سلطان ــ المرجع السابق ص٣٨١ .

٤٧٩ ــ D-Mohamed abdel gawad, la force obligatoire du contrat en droit musulman-et la théorie de l'imprévision en droit egyptien, thése de doctorat paris 1957. P. 437-438.

القوانين المقارنة لم تأخذ بهذا الوصف بل تعتد بالحادث الطارئ ولــو كان فرديا لايتعدى حدود المدين ٠

من ذلك أن القانون الانجليزى تطلب فقط فى الظرف الطارئ أن يكون حادثة لم تكن واردة فى توقعات الطرفين المتعاقدين عند ابرام العقد وليست ناجمة عن فعل أو تقصير أى منهما (٤٨٠) وكذلك الوضع فى القانــــون الأمريكى ٠ (٤٨١)

أما القانون المدنى الألمانى فقد أخذ بفكرة التطبيق المحدود لنظريــة الظروف الطارئة ولكنه لم يأخذ بالرغم من ذلك بوصف العمومية ٠ ففى حالــة افلاس الناشر أو موت المؤلف مثلا أو استحالة اتمامه للعمل الأدبى المتفـــق عليه لظروف خاصة به يجوز انهاء العقد أو تعديل شروطه حسب مقتضـــى الحـــال ٠ (٤٨٢)

وأخيرا فقد تبنت كذلك محكمة النقض الفرنسية هذا المسلك فى أحد أحكامها حينما مالت الى الأخذ بأحكام الطوارئ فى مستهل القرن التاسع عشر وذلك حينما أيدت ماقضت به احدى المحاكم الدنيا من أن وفاة أحد المتعاقديــن تعد بمثابة ظرف طارئ يتيح اعادة النظر فى الالتزامات التعاقدية. (٤٨٣)

---

٤٨٠ ــ arthur c.caporn lecturer in common law at the university of sheffield in co-operation with francis M.caporn selected cases illustrating the law of contracts 1911 P. 395.

مشار اليه د٠ حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص٠ ٣١ ٠

٤٨١ ــ د٠ حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص٠ ٣١ ٠

٤٨٢ ــ المرجع السابق ص ٣١ ٠

٤٨٣ ــ - civ 20 août 1838. S-1838-1-373.

- jean- louis mouralis "imprévision" encyc.D.op cit n°31.

على ضوء ماتقدم نلاحظ أن المشرع المصرى يكاد ينفرد وحده بالأخذ بوصف العمومية (٤٨٤) فى حين أن التشريعات التى سبقته للأخذ بالنظرية ــ الايطالى والبولونى ــ لم تأخذ بهذا الوصف مما يثير التساؤل: أى الاتجاهين أصح المصرى أم غيره ؟ ٠

أعتقد أن الاتجاه الذى أسقط وصف العمومية من حسابه هو الأصح وذلك للآتى : ــ

(١) باستقراء التطور التاريخى للنظرية نرى أنها كانت تطبق بطريقة فردية فيكفى أن يختل التوازن الاقتصادى للعقد ليكون ذلك مدعاة لاسعاف المتعاقد المنكوب ولما كان ذلك الأمر من المبادئ التى أتت بها الأديان السماوية عموما فليس بمستغرب أن تظهر هذه النظرية فى أحضان القوانين المشبعة بالروح الدينية كالقانون الكنسى (٤٨٥) وكان رجال الكنيسة يرون تبريرا لتطبيق أحكام النظرية أن الأرهاق الذى يصيب المدين هو نوع من الغبن الغير جائز سواء عاصر تكوين العقد أوجد عند تنفيذه اذ هو ضرب من الربا المحرم لايحل أكله وهو اثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق٠ (٤٨٦)

(٢) ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى أنه : " يلاحظ أولا أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد

---

٤٨٤ ــ يضاف لذلك التقنينات العربية التى أخذت من التشريع المصرى وهى التشريع السورى (م١٤٨) والليبى (م١٤٧) والعراقى (م١٤٦) والكويتى (م١٤٦) ٠

٤٨٥ ــ د٠ السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٥٥ ــ ٨٥٦ ٠

٤٨٦ ــ انظر التطور التاريخى للنظرية من ص٣٤ ومابعدها من الرسالة٠

(وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالزام فقد يكون سببا فى بطلانه أو فى انقاصه على الأقل . (٤٨٧) وطبقا لما ورد بالأعمال التحضيريه تعد نظرية الظروف الطارئة العلاج اللاحق لمرحلة تكوين العقد فهى امتداد لنظرية الاستغلال من زاوية الارهاق الذى يصيب المتعاقد المغبون وكذلك المتعاقد المهدد بخسارة فادحة ذلك الارهاق الذى يجب رفعه عنه فى الأولى باجازة طلبه ابطال العقد وفى الثانية عن طريق رفع الارهاق عنه باعادة النظر فى التزامه المرهق .

ولما كان المشرع يعتد فى نظرية الاستغلال بحالة المتعاقد المغبون دون أن يشترط فى الغبن وصف العمومية فكان المنطق يقتضى أن يعتد بالارهاق نتيجة الظرف الطارئ بصفة فردية كذلك حتى لايؤخذ على المشرع أنه يكيل فى الواقعة الواحدة بكيلين فكيف يشبه أثر الظرف الطارئ بالغبن اللاحق ثم يفرد له حكما خاصا به وهو اشتراط العمومية ؟ ولذلك كان المشروع التمهيدى منسجما ومنطقيا مع نفسه حينما لم يورد هذا الوصف .

وقد يتساءل البعض: اذا كان وجه الشبه بين الاستغلال والظروف الطارئة يقتضى التسوية فى الأوصاف فكيف يفرد المشرع للظروف الطارئة أوصافا أخرى غير واردة فى نظرية الاستغلال ؟ .

الرد على ذلك بسيط اذ مجال اعمال احكام الاستغلال يكون لحظة ابرام العقد فالمتعاقد الذى يستغل الطرف الآخر يكون بذلك قد أتى مسلكا مشينا يجيز للمغبون طلب ابطال العقد كجزاء ورد لقصد الطرف الآخر . أما وقد أبرم العقد فقد أصبح شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه

---

٤٨٧ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٨١ .

ولا تعديله ولكن يلاحظ أن ظروف تنفيذ العقود تختلف من عقد لآخر ولذلك أفراد المشرع نظرية الظروف الطارئة للأخذ بيد المتعاقد المنكوب ووضع بذلك ضوابط حتى لا يمكن النيل من قوة العقد الملزمة لأقل اهتزاز مألوف ومحتمل لاقتصاديات العقد وعلى ضوء ذلك كان مناسبا أن يورد للظرف الطارئ أوصافا كالاستثنائية وعدم التوقع ولكن ليس من المناسب أن يكون الحادث عاما .

(٣) اذا كان المشرع قد أورد حكم الطوارئ على سبيل الاستثناء من مبدأ لزوم العقد فانه من المنطقى أن يكون مجال اعمال هذا الاستثناء محصورا فى اطار العلاقه التعاقدية ويكون التطبيق فرديا .

(٤) الروح التشريعية التى أملت ضرورة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة هى اقالة المتعاقد المنكوب من عثرته بدليل اشتراط كون الخسارة فادحة وفداحة الخسارة بالنسبة للمدين يجب أن ينظر اليها من خلال ظروفه الخاصة اذ كيف يعقل أن نطالب المدين بضرورة الوفاء بالتزامه لمجرد أن الظرف خاص وقد هلك كل ماله فمن أين سيأتى بالمال الذى يسعفه لينفذ به التزامه فاذا كان الهدف من الطوارئ هو تفادى الخراب الذى سيحل بالمدين فيجب أن ينسحب هذا الهدف على كل ارهاق بصرف النظر عن سببه أى سواء كان حادثا فرديا أو جماعيا .

(٥) التقنينات التى حذا المشرع حذوها فى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لم تعتد بوصف العمومية وهى تشريع بولندا وايطاليا بالاضافة الى أن الشريعة الاسلامية ـ كما سنرى ـ تعتد بالحادث الطارئ ولو كان فرديا بل يمكن القول أن معظم تطبيقات النظرية كانت بشأن الحوادث

الفردية مما كان يجب معه على المشرع المصرى أن يسقط هذا الوصف من حسابه لأن ذلك أنسب وأدعى الى تحقيق العدالة على وجهها الأكمل.

ورغم مانرى فى هذا النقد من وجاهة الا أننا امام وضوح نص المادة (٢/١٤٧) مدنى لانملك سوى الانصياع لارادة المشرع واشتراط العمومية وصفا فى الظرف الطارئ ويحدونا الأمل أن يسارع المشرع الى حذفه فى أول فرصة تسنح . (٤٨٨)

---

٤٨٨ ـ سنرى عند تناول التطبيقات التشريعية للنظرية أن المشرع المصرى اعتد بأثر الحادث الطارئ ولو كان سببه حادثا فرديا خاصة فى عقدى الايجار والمقاولة .

ثانيا ـ الاستثنائية

يراد بكون الحادث الطارئ استثنائيا أن يكون مما يندر وقوعه أى لا يقع عادة لأنه غير مألوف (٤٨٩) أو كما عبر عنه بعض الفقهاء " هو الحادث الذى لا يندرج فى عداد الحوادث التى تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم. (٤٩٠)

واشتراط الاستثنائية وصفا فى الظرف الطارئ هو أمر منطقى يتلاءم مع العلة من الاعتراف بالنظرية اذ لا يستساغ أن يهرع المشرع لتعديل الالتزامات التعاقدية لمجرد حادث مألوف ويقع دائما وفقا للسير الطبيعى لأمور الحياة فكان لزاما اشتراط هذا الوصف اذ أن ذلك يتفق مع حسن النيه ومقتضيات العدالة .

يضاف لذلك أن المشرع قد أراد أن يضيق من نطاق تدخل القضاء فى العقود محافظة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فاشترط أوصافا فى الظرف الطارئ هى بمثابة مظاهر مادية ملموسة بطريقة موضوعية .

وفى ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية : " واذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى بيد أن المشروع قد جهد فى أن يكفل لها نصيبا من الاستقرار فأضفى عليها صيغة مادية يتجلى أثرها فى تحديد

---

٤٨٩ ـ د. عبد الناصر العطار ـ المرجع السابق ص٢١٩ ومابعدها ، د. حسين النورى نظرية العقد طبعة ١٩٦٠ ص٢١٠ ، د. مختار القاضى ـ المرجع السابق ص٢٦٢ . د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨٤ ، د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٨٧١ . د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص٣١٦ .

٤٩٠ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق نفس الموضع .

الطارئ غير المتوقع وفى اعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه ". (٤٩١)

ووصف الظرف الطارئ بأنه استثنائى يعنى أن هناك ظروفا غير استثنائية وعلى ذلك يمكن القول بأن الظروف الطارئة بالنظر اليها من زاوية الاستثنائية تنقسم الى ظروف استثنائية بطبيعتها أى أن مجرد وقوعها يعنى توافر صفة الاستثنائية كانتشار الوباء أو وقوع الزلازل أو فرض تسعيرة جبرية أو الغائها.

والى جانب ذلك توجد حوادث طارئة يكثر وقوعها وتكون مألوفة ولذلك لا يلتفت اليها الا اذا جاوزت الحد المألوف ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الفيضان العادى المألوف الذى يتحول الى فيضان مدمر وكذلك الارتفاع أو الانخفاض الطبيعى للأسعار والذى لا يشكل مفاجأة لجمهور المستهلكين أو التجار أو المنتجين والذى يتحول كذلك الى ارتفاع أو انخفاض فاحش ونفس الوضع بالنسبة لأسراب الجراد العادية فهى أمر مألوف ولكن قد تنضم لها أسراب أخرى تجعل منها خطرا مخيفا يأتى على الأخضر واليابس وهكذا. (٤٩٢)

وفى ذلك قررت محكمة النقض بأنه : " ... يشترط فى الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع ويكون الحادث الاستثنائى عاما اذا انصرف أثره الى عدد كبير من الناس ". (٤٩٣)

---

٤٩١ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٨٠.

٤٩٢ ــ د. عبد المنعم الصدة ــ المرجع السابق ص٣٣٦.

٤٩٣ ــ نقض مدنى ٥/٥/١٩٧٠ ــ مجموعة المكتب الفنى ــ السنة ٢١ ق ــ مدنى ص٧٨٧ وفى نفس المعنى نقض ٢٤/١١/١٩٧٠ ــ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ق مدنى ص١١٤٨، نقض ١١/١١/١٩٦٩ ــ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ق. ص١١٩٣، نقض =

وباستقراء التشريعات التى سبقت التشريع المصرى فى الأخذ بالنظرية نراها قد نصت على الاستثنائية وصفا للظرف الطارئ .

وعلى ذلك جرى نص المادة (٢٦٩) من التقنين البولندى على ما يأتى : " اذا جدت حوادث استثنائية كحرب .... " . وكذلك نصت المادة (١٤٦٧) من التقنين الايطالى بقولها : " ..... اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية ..... " . (٤٩٤)

ونتيجة لظروف اقتصادية معينة سادت المانيا سنة ١٩٢٠ أقرت المحكمة العليا هناك الأخذ بنظرية الظروف الطارئة حتى تتفادى المراكز التى لا تتفق مع حسن النية ومقتضيات العدالة ومن بين الضوابط التى وضعتها المحكمة العليا أن يكون تغير الظروف استثنائيا . (٤٩٥)

ونشير فى النهاية الى أن بعضا من الفقه قد اعترض على ايراد وصف الاستثنائية مع اشتراط وصف عدم التوقع اذ يرى الاكتفاء بالأخير فهو يغنى عن الأول لأن اشتراط عدم التوقع فى الحادث الطارئ لا يتصور الا باعتبار هذا الحادث استثنائى وان كان العكس غير صحيح . (٤٩٦)

على حين يفصل البعض الآخر تعليله فى هذا المقام بقوله : "واشتراط أن يكون الحادث استثنائيا يغنى عنه أن يكون غير متوقع وخاصية عدم امكان التوقع أهم من خاصية الاستثنائية وذلك أنه اذا كان صحيحا أن الحادث

= ٢٠ / ١٢ / ١٩٦٢ ـ م نقض م ـ ١٣ ـ ١١٩٧ ، نقض ١١ / ٥ / ١٩٦١ ـ م نقض م ـ ١٢ ـ ٤٦٦ محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٨ ـ ٤١٩ .

٤٩٤ ـ مشار الى النصين : د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٨٦٦ .

٤٩٥ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٦٥ هامش (٣) .

٤٩٦ ـ د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص ٣١٦ .

الاستثنائى يمكن أن يكون متوقعا فصحيح أيضا أن الحادث العادى لا يمكن أن يكون غير ممكن التوقع ولهذا اذا كان الطابع الاستثنائى فى الحادث لا يكفى لامكان تطبيق المادة (٢/١٤٧) فان عدم امكان التوقع يمكن أن يكفى لأنه يتضمن الطابع الاستثنائى للحادث ". (٤٩٧)

وبعبارة أخرى أنه اذا صح أن الحادث الاستثنائى قد يكون متوقعا فانه على العكس من ذلك اذا كان الحادث غير متوقع فلابد أن يكون استثنائيا . (٤٩٨)

وتعليقا على هذا الاتجاه فاننا نميل اليه لأن الحادث المتوقع هو ذلك الحادث المألوف المتكرر وقوعه دوما ولعل ذلك هو الذى حدا بالمشرع الايطالى الى عدم النص على وصف عدم التوقع وكذلك فعلت المحكمه العليا الألمانيه اذ أنها قيدت تدخل القاضى لاعادة النظر فى اختلال التناسب بقيود ثلاثة .

ففضلا عن الاستثنائية هناك قيدان آخران أولهما أن يتفق الطرفان على الابقاء على العقد والثانى أن يوزع القاضى الغرم على المتعاقدين فلا يحملها للدائن وحده. (٤٩٩)

---

٤٩٧ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨ .

٤٩٨ ـ د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص٣٣٦ د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص٣١٩ .

٤٩٩ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٦ هامش(٣) .

البند الثانى

أوصاف الظرف الطارئ المتعلقة بالمتعاقد

فضلا عن الوصفين السابقين فانه ــ حتى يكتمل للظرف الطارئ كيانه ــ يجب أن يتوافر ثلاثة أوصاف أخرى متصلة بالمتعاقد الذى أضحى التزامه مرهقا ٠

فيجب أن يوصف الظرف الطارئ : بأنه لم يكن بمقدور المدين دفعه ولم يحدث بسبب ارادى من جانبه فضلا عن كونه غير متوقع ٠

وعلى ذلك يشمل هذا البند النقاط الآتية : ــ

أولا : عدم القدرة على الدفع ٠
ثانيا : عدم الارادية ٠
ثالثا : عدم التوقع ٠

ونتولى بيان مدلول كل وصف من تلك الأوصاف تباعا ٠

أولا ـ عدم القدرة على الدفع

يجب أن يوصف الظرف الطارئ بأنه ذلك الظرف الذى لم يكن بوسع المدين دفعه أو التقليل من آثاره ٠

وهذا أمر منطقى اذ حينما يلجأ المدين للاحتكام لنظرية الظروف الطارئة انما يكون ذلك مؤسسا على أنه لم يستطع توقى حدوث الظرف الطارئ أو التقليل من آثاره لأنه لو أمكن له ذلك ولم يفعل لنعت مسلكه بسوء النية الذى يفسد كل شئ ٠

ونظرا لبديهية هذا الوصف لم تنص عليه التقنينات التى أخذت بالنظرية ومع ذلك جرت كتب الفقه على ترديده (٥٠٠) والتأكيد على أهميته وكذلك فعل القضاء من ذلك قضاء محكمة النقض المصرية بعدم تطبيق النظرية على الأقساط التى حلت قبل حدوث الظرف الطارئ وأهمل المدين الوفاء بها حتى وقوع هذا الظرف تعللا بأن عدم الوفاء بها مرجعه خطأ المدين (٥٠١) ومعنى ذلك أن المدين كان بوسعه التقليل من أثر هذا الظرف لو وفى بالأقساط فى آجالها المحددة ٠

كذلك قضت محكمة القاهرة الابتدائية فى حكمها الشهير الصادر فى

---

٥٠٠ ـ د٠ احمد سلامة ـ المرجع ص١٦١ ، د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص٢٢٥ د٠ أنور سلطان ـ المرجع السابق ص٣٨٢ ، د٠ حسين عامر ـ المرجع السابق ص٢٨٣ ، أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص٢٣٤ ٠

٥٠١ ـ نقض مدنى ١٩٦٤/٣/٢٦ فى الطعن رقم ١٣٦٨ لسنة ٢٩ ق ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية بمحكمة النقض (المكتب الفنى) السنة ١٥ العدد (٣) مطبعة دار القضاء العالى ٠

٣١/١٠/١٩٥٣ فى القضية رقم ٨٢٢ لسنة ١٩٥٣ مدنى كلى القاهـــرة بما يفيد بتبنيهـــاصراحة لهـذا الوصف اذ تقول وهى بصدد تطبيق أحكـــام النظرية على العقود المبرمة قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى " ومـــا دار هذا الحادث فى خلد أحد وما كان متوقعا حدوثه فى الوقت الذى أبـــرم فيه الطرفان تعاقدهما وماكان لأحدهما دخل فى احداثه أو فى وســـع أيهمـــا دفعه. (٥٠٢)

ويثور التساؤل عن الأساس القانونى لالتزام المدين بدفع الظرف الطارئ وترتيب أثر على ذلك وهو عدم تطبيق أحكام النظرية خاصة وأن المديـــن لا يحاسب الا اذا خالف أمرا تشريعيا وهو مالا يوجد فى النص القانونى الذى أجاز النظرية (م١٤٧/٢) .

لا شك أنه باستقراء المبادئ العامة فى نظرية العقد نجد أحدهـــا يناسب فى تأسيس التزام المدين بدفع الظرف الطارئ ان كان بمقدوره ذلك.

وهذا المبدأ نصت عليه المادة (١٤٨) من القانون المدنى والتى تقضى بأنه : " ١ ـ يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مـــع ما يوجبه حسن النيه " .

ومبدأ حسن النيه من المبادئ العامة التى تهيمن على العقد ســـواء فى انشائه أو تفسيره أو تنفيذه .

ففى مجال التنفيذ يجب على المتعاقد أن ينفذ التزامه كاملا وأن يبذل فى ذلك كل وسائله وألا يبخل فى بذل كل جهده فى سبيل التغلب علـــى المصاعب التى تواجه التنفيذ اذ أن حسن النيه يقتضى من المتعاقـــد أن

---

٥٠٢ ـ مشار اليه زكى سعد البدرمانى ـ المرجع السابق ص٢١ .

يختار فى تنفيذ العقد الطريقة التى تفرضها الأمانة والنزاهة فى التعامل خاصة وأن سوء النيه فى تنفيذ العقد هو من قبيل الغش. (٥٠٣)

فضلا عن ذلك فان المدين ملزم بتفادى الحوادث التى تعجزه عن الوفاء اذا كان فى وسعه ذلك حتى لو كانت الحوادث غير متوقعه. (٥٠٤)

فمثلا اذا انقطعت وسائل المواصلات البرية فيجب على المدين عدم الارتكان لهذا السبب بل يبحث عن سبيل آخر لتنفيذ التزامه بالسكك الحديدية مثلا. كذلك الأمر اذا تحدد للمدين أجل لتنفيذ التزامه فمقتضى حسن النية ألا يتأخر عن ذلك لأنه ان فعل ووقع الظرف الطارىء فلن يجديه ذلك للتذرع بما حدث لتبرير عدم تنفيذ التزامه اذ كان بمقدوره تفاديه لو نفذ التزامه فى الأجل المضروب.

كذلك يستطيع المدين التقليل من آثار الظرف الطارىء كما اذا حدث فيضان توافرت فيه أوصاف الظرف الطارىء فلو استطاع المدين أن يقلل من حجم الخسائر الناجمة عن هذا الفيضان بعمل حواجز حول زراعته مثلا فليفعل والا كان سىء النية وهكذا فكما يجب أن يكون العقد بريئا من التدليس فكذلك يجب ألا يداخله غش أو سوء نية فى تنفيذه. (٥٠٥)

ومما يؤكد أن الالتزام بحسن النية فى تنفيذ العقد هو من بين الالتزامات المنبثقة من العقد المراد تنفيذه أن المسئولية عنه تعاقدية وليست تقصيريه (٥٠٦)

---

٥٠٣ ـ د. عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٣٢٨ .

٥٠٤ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٤٠٨ .

٥٠٥ ـ بلانيول وريبير وبولانجى جـ٢ فقرة ٤٥٥ ـ ٤٥٧ ـ مشار اليه د. عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٣٢٨ .

٥٠٦ ـ د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٣٩٦ .

ولقد ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ما يؤكد ذلك اذ تقول : " فاذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل ..... ويستخلص مما تقدم أن العقد وان كان شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المبانى دون المعانى ..... فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بتنفيذها ". (٥٠٧)

على أن تساؤلا على جانب كبير من الأهمية يثور فى هذا الصدد فقد رأينا أن المدين ملزم بدفع الظرف الطارئ أو التقليل من آثاره مما يشير الى أن القدرة على الدفع تتنوع الى صور عديدة فما هى تلك الصور ؟ .

لاشك أن هذه الصور متعددة بتعدد وسائل تجنب الحادث الطارئ أو التقليل من آثاره ويمكن حصرها فى الآتى : ـ (٥٠٨)

(١) منع أثر الظرف الطارئ كلية : ـ

ويكون ذلك اذا توقع المدين حدوث الظرف الطارئ اذ يجب عليه فى هذه الحالة تفاديه والعمل على عدم وقوعه والا كان مقصرا وسيئ النية .

مثال ذلك : توقع رب العمل لاضراب العمال اذا كانت أمامه دلائل قوية على ذلك كاتخاذه قرارا من شأنه اثارة جموع العاملين فعليه فى هذه الحالة تحاشى ذلك الاضراب حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته قبل عملائه .

---

٥٠٧ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ٢ ص٢٨٧ .
٥٠٨ ـ د. حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص٣٤٧ .

كذلك يستطيع المورد أن يدرأ عن مستودعاته الصواعق وما شابه ذلك باستخدام مانعة الصواعق فاذا حدث وحرقت هذه المستودعات من جراء الصاعقة كان مسئولا ولن يفلح فى الاحتكام لأحكام الطوارئ لأنه كان بمقدوره تفادى هذا الحادث كلية ٠

(٢) التقليل من آثار الحادث الطارئ : ـ

وفى هذه الحالة لا يستطيع المدين تفادى الحادث الطارئ كلية وانما يستطيع فقط التقليل من حجم آثاره ٠

فالمتعاقد لايستطيع منع الفيضان وانما يستطيع التقليل من حجم الكارثة بوضع الحواجز فى طريق المياه أو التبكير فى جنى محصوله لتقليل حجم الخسائر ٠

واذا كان الفيضان قد أغرق الطرق البرية فيستطيع المدين بذل جهد معقول بنقل البضائع الى محطة السكك الحديدية لاستخدامها فى نقل البضائع الى مكان الوصول وهكذا ٠

(٣) اتخاذ التدابير الوقائية : ـ

قد لايستطيع المدين تجنب آثار الحادث الطارئ أو التقليل منها الا أنه يستطيع اتخاذ تدبير للوقاية من كل أو بعض هذه الآثار٠

ففى حالات معينة يكون من المناسب ابلاغ الدائن بما جد من ظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لعله يستطيع من جانبه اتخاذ اجراءات معينة للتخفيف من أثر هذه الظروف ٠

مثال ذلك : لو أن موردا فى بلد معين قامت فيه مظاهرات سدت منافذ تلك المدينة وقطعت المواصلات فان هذا المورد يستطيع

الاتصال بالطرف الثاني (المستورد) الذى يقطن في مدينة أخرى لابلاغه بأن هذه المظاهرات ينتظر لها أن تتفاقم يوم حلول أجـــل التوريد فلعل الأخير يوافق على تأجيل التنفيذ حتى تنفرج الأزمـة ويتصرف في استيراد السلعة من مدينة أخرى تكون ظروفها مواتيـــة وهكـــذا ٠

(٤) تنفيذ الالتزام في الموعد المحدد : ـ

لاشك في أن مبادرة المدين بتنفيذ التزامه في موعده المحـــدد يوفر عليه الكثير فهو يجنبه مسألة التنفيذ الجبرى مع مايجره عليه مـــن مغبات كثيرة كفوائد التأخير والتعويضات وما الى ذلك وكل هذا يهون عما اذا صادف عدم تنفيذه في الميعاد وقوع ظرف طارئ حمله مـــن أمره في التنفيذ عسرا اذ لن يستطيع الافادة من أحكام الطوارئ لأن ما أصابه من ارهاق كان من جناية يديه لعدم تنفيذه لالتزامه فـــي الموعد المحدد لذلك٠

وبذلك نكون قد استعرضنا الوسائل التى يستطيع المدين بمقتضاهـا أن يدفع أثر الظرف الطارئ ٠

ويثور تساؤل منطقى تعد الاجابة عليه من مكملات هذا الوصف (عدم القدرة على الدفع) ويدور حول المعيار الذى يرتكن اليه لتقدير مسلـــك المدين وما اذا كان بمقدوره دفع الظرف الطارئ من عدمه ؟ ٠

للاجابة على هذا التساؤل نجد أنفسنا ازاء معيارين أحدهما شخصى والآخر موضوعى وان كان لنا اختيار أحدهما فاننا نميل للأخذ بالمعيـــار الشخصى مشاطرين في ذلك بعض (٥٠٩) الفقهاء فهذا المعيار أدنـــى

٥٠٩ ـ د٠ عبدالحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨٧ ٠

الى العدالة وأقرب الى المنطق .

والعلة من ذلك أن مسألة القدرة على الدفع أوضح في جوانبها من مسألة التوقع — على ما سنرى — لأنها ترتبط بأمور ظاهرة كمقدرة المدين المالية والتي تكون هامة ازاء اختيار بديل من بين البدائل المتاحة لتفادى أثر الظرف الطارئ أو التقليل من آثاره .

وكذلك ظروف المدين الشخصية ومدى اتاحة الفرصة أمامه لدفع الظرف الطارئ كل هذه أمور من السهل تبينها والوقوف عليها من أجل ذلك كان المعيار الشخصي ملائما لتقدير مدى امكانية القدرة على الدفع من عدمه .

وعلى ضوء ماتقدم يكون المدين مخطئا اذا كان بامكانه دفع الحادث الطارئ أو تجنب بعض آثاره ولم يفعل وفي المقابل يكون قد أحسن صنعا ان استطاع ببذل جهد يتلاءم مع ظروفه وامكانياته أن يتجنب حدوث الظرف الطارئ أو يقلل من آثاره .

ولا شك أن تقدير هذا الأمر هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع قياسا على ترك مسألة التوقع — على ماسنرى — للقاضي .

ثانيا ـ عدم الارادية

يتحدد مفهوم عدم الارادية بمدى مساهمة المدين في احداث الظرف الطارئ اذ المفروض في الحادث الطارئ أنه واقعة لاتصدر من أحد الطرفين بقصد الحصول على تعديل العقد لصالحة . (٥١٠)

وبعبارة اخرى يجب أن يكون الحادث خارجا عن ارادة المتعاقدين فاذا كان المتعاقد هو الذى تسبب بخطئه في الحادث مما أوقعه في دائرة الارهاق عند تنفيذ التزامه فان هذا المسلك بلاشك يترتب عليه تغيير العلاقات التى كانت موجودة بين المتعاقدين من أول الأمر فضلا عن اعاقة التطور العادى للعقد (٥١١) وبالتالى لايجوز له طلب تخفيف ذلك الارهاق بل عليه تنفيذ الالتزام كاملا وكأن الظرف لم يقع في حقه اذ خطأ المدين لايمكن أن يكون محلا للتمسك بما تخوله له نظرية الحوادث الطارئة.

وهذا شرط بديهى يقتضيه منطق الفكرة ذاتها فلا يعقل أن يتسبب المدين في اعاقة تنفيذ التزامه ثم يلوذ بنظرية الحوادث الطارئة قاصدا من ذلك اغاثته والأخذ بيده وتجنيبه الخسائر الفادحة في حين أن ماحدث له هو ثمرة ماجنته يداه .

والقول بغير ذلك يخالف منطق الأشياء ويتعارض مع مبادئ العدل والتوازن بين المتعاقدين فضلا عن أن فيه مخالفة للروح التى يجب أن تسود العلاقة بين المتعاقدين وهى روح الاخلاص وحسن النية .

ولكل ذلك كان منطقيا ألا تنص التقنينات التى أخذت بالنظرية على هذا

---

٥١٠ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨٤ .
٥١١ ـ المرجع السابق ص٥٨٦ ـ ٥٨٧ .

الوصف على اعتبار أنه من الشروط البديهية التي يفترض أصلا توافرها دون حاجة الى النص على ذلك صراحة . (٥١٢)

وتطبيقا لذلك تواترت أحكام المحاكم في معظمها تنوه الى هذا الشرط دون أن ترى في ذلك أدنى غضاضة أو يأخذ عليها أحد هذا المسلك من ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية السابق الاشارة اليه والصادر في ١٩٥٣/١٠/٣١ والذى تناولت فيه المحكمة قانون الاصلاح الزراعي وراحت تسوق الأوصاف التي تؤهله لارتداء ثوب الظرف الطارئ وكان من بين هذه الأوصاف وصف عدم الارادية والذى عبرت عنه المحكمة بقولها : " وما كان لأحدهما دخل في احداثه " .

كذلك أدلت محكمة النقض الايطاليه بدلوها في هذا الموضوع مرددة ذلك الوصف دون أن تستند لنص في القانون الايطالي فنراها تقرر أن : " الرخصة التي تخول للمتعاقد أن يطلب تطبيق أحكام الظروف الطارئة تسقط في الحالة التي يكون المدين قد ساهم بخطئه في احداث الارهاق الفادح . (٥١٣)

ويلاحظ أن مسألة احداث الظرف الطارئ بارادة المدين لا تعني قيام الأخير بعمل فردى يسبب له ارهاقا فادحا كما ظن البعض (٥١٤) والذى يعتبر أن قيام المدين باحراق محصوله أو اشعال النار في مصنعه يعد ظرفا طارئا اذ أن هذا القول غير صحيح لأن ما حدث يعد بمثابة حادث فردى خاص بالمدين وقد سبق التنويه الى أن المشرع قد اشترط أن يكون الحادث عاما .

---

٥١٢ ـ د . محمد عبد الجواد ـ الغبن اللاحق والظروف الطارئة ص ١٨٤ .

٥١٣ ـ نقض ايطالي في ١٩٦٠/٣/١٥ مشار اليه د . عبد الحي حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٨٧ .

٥١٤ ـ د . حسبو الفزازى ـ المرجع السابق ص ٣١٨ .

وعلى العكس من ذلك نتفق مع الرأى السابق على اعتبار قيام المدين بفتح ثغرات تنفذ منها مياه الفيضان لأرضه فتغرق المحصول بمثابة ظرف طارئ ولكنه ارادى ذلك أن اغراق المحصول ولو أنه تم من خلال سلوك فردى الا أنه كان وسيلة لتمديد أثر الظرف الطارئ ليشمل أموال المدين كذلك ولهذا لا يستفيد من أحكام نظرية الظروف الطارئة لأن ماتم يعد من قبيل سوء النية فأنى يستجاب لذلك المدين ٠

وهذا الذى قلنا انما يتفق مع الروح التى املت الى استحداث أحكام الطوارئ بمعنى أن المدين اذا كان لا يستفيد من تلك الأحكام لمجرد وقوفه موقفا سلبيا ازاء عدم بذل الجهد المعقول والمطلوب لمعرفة مدى توقع الظرف الطارئ — على ماسنرى — أو عدم دفعه ان كان بمقدوره ذلك فما بالنا وقد وقف موقفا ايجابيا فى تحد صارخ لارادة المشرع فى محاولة يكتنفها سوء النية لجلب مصالح غير مشروعة مما يعد تخريبا متعمدا لاقتصاديات العقد ونقضا لتعهده بسوء نية ٠

على أنه يجب ألا تخفى علينا نقطة هامة وهى ضرورة ثبوت علاقة السببية بين الحادث الطارئ وبين فعل المدين الارادى بمعنى أنه لو وقع الظرف الطارئ وأراده المدين ولكنه لم يقع نتيجة هذه الارادة فلا يسعنا الا القول ببراءة المدين من هذا الذى حدث ٠

وقد قضى فى ايطاليا : " الحادث الاستثنائى غير المتوقع يجب أن يكون من واقعة خارجية تتصل بالارهاق الفادح صلة السبب بالمسبب وليس من مسلك المتعاقد الآخر اذ أن مثل هذا المسلك الذى يترتب عليه تغيير العلاقات التى كانت موجودة بين المتعاقدين من أول الأمر أو اعاقة التطور العادى للعقد انما تكون سببا فى فسخ العقد

لعـــدم التنفيـــذ ٠ (٥١٥)

وثمة نقطة أخرى تثور بحكم اللزوم العقلى والمنطقى لتناول هذا الموضوع ألا وهى حالة تعدد المدينين فلقد تحدثنا آنفا وكان يصاحبنا فى هـــذا الحديث مدين واحد وعلى ذلك كان الافتراض ولقد آن لنا أن نتوســـع فنفترض تعدد المدينين فاذا حدث وأخل بعضهم بواجبه ونتج عن مسلكه الارادى ظرف طارئ فالمنطق يقضى بألا يستفد هؤلاء البعض من تطبيـــق أحكام الظروف الطارئة فما الحل بالنسبة للباقين ؟ ٠

لا شك أن ساحة هؤلاء المدينين الباقين خالية من كل شائبة ولذلـــك نفرق بالنسبة لهم بين أمرين : ــ

ــ الأول : ــ

اذا كان الدين منقسما على المدينين ولا يوجد تضامن بينهم فلا شـــك أن مسلك بعضهم لا يؤثر عليهم ولهم الاستفادة من حكم النظرية ٠

ــ الثانى : ــ

اذا كان المدين الذى تسبب بخطئه فى احداث الظرف الطارئ متضامنا مع مدينين آخرين فان فى الأمر بعض التفصيل اذ تواجهنا قاعدة النيابـــة التبادلية تفرض نفسها كأثر من آثار التضامن السلبى ٠

ومقتضى هذه القاعدة أن كل مدين يعتبر نائبا عن المدينين الآخرين٠ الا أن المشرع لم يشأ أن يعمم هذا المبدأ ــ وحسنا صنع ــ اذ قصر النيابة التبادلية على ما يفيد فقط بمعنى انه اذا كان مسلك المدين يجلب نفعـــا

---

٥١٥ ــ نقض ايطالى فى ١٩٥٢/٨/٦ ، ١٩٥٤/٥/٨ ، ١٩٥٥/٥/٦ مشار اليه د٠ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٥٨٦ ، ص ٥٨٧ هامش (١) ٠

له ولباقى قرنائه سرت قاعدة النيابة التبادلية وعلى العكس لو كان مسلكه يسيء الى مركزهم فلا يسرى عليهم اثم صنيعه . (٥١٦)

وبتطبيق ذلك على الفرض الذى نحن بصدده نرى أن المدين الذى يتسبب في تمديد أثر الظرف الطارئ اليه مما يسيء الى مركز غيره من المدينين المتضامنين معه لا يستحق المساعدة وبالتالى لا يسأل باقى المدينين معه بل يظل التزام كل منهم باقيا على وفق ماتم الاتفاق عليه ولذلك نصت المادة (٢٩٣) مدنى على الآتى : " لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله " .

ولنعطى لذلك مثالا : لو فرض أن أ ، ب ، جـ مدينون متضامنون فى مواجهة الدائن (د) ويمتلكون قطعة أرض زراعية وتعهدوا على توريد كمية من غلتها الى (د) ثم حدث فيضان جارف توافرت فيه أوصاف الظرف الطارئ الا أنهم استطاعوا أن يقيموا سدا بين المياه وبين أرضهم الزراعية فوقوها شر هذا الفيضان الا أن (أ) لغرض فى نفسه قام باحداث ثغرة فى هذا السد نفذت منها المياه وأغرقت هذه الأرض فاضطروا — وفاء للالتزام — الى شراء كمية الغلال بسعر السوق السوداء مما كلفهم الكثير . فلو فرض أن تنفيذ التزام كل منهم فى الظروف العادية كان يتكلف مائة جنيه ثم أصبح خمسمائة فيجب أن يتحمل (أ) هذا الفارق كله أى ثمانمائة جنيه بالاضافه الى نصيبه فى هذه الخسارة فلو طالب الدائن (جـ) بتنفيذ الالتزام التعاقدى فليس للأخير الامتناع لأن قواعد التضامن تسمح للدائن أن يطالب أى مدين متضامن فضلا عن حقه فى مطالبتهم جميعا وكل ما يستطيع (جـ) عمله هو ادخال الباقين ثم يسير فى دعواه وللقاضى أن يحكم

---

٥١٦ — د . محمد لبيب شنب — دروس فى نظرية الالتزام — الاثبات وأحكام الالتزام طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٣٩٨ .

على (أ) بالحكم المتقدم وبالتالى فلن يضار كل من (ب و جـ) .

وقد أكدت مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى هذه المعانـــى بقولها : " .... فكل مدين من المدينين المتضامنين لا يسأل فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله فاذا وقع من أحدهم خطأ جسيم ووقع من الثانى خطأ يسير وامتنع على الثالث أن يفى بالتزامه من جراء سبب أجنبى كانت تبعة الأول أشد وقرا من تبعة الثانى وبرئت ذمة الثالث وحده ... وكذلـك يسأل من يطالب منهم بالوفاء أمام القضاء وحده عن فوائد التأخير.(٥١٧)

الا أن ثمة فرض غريب قد يفرض نفسه على بساط البحث ويدور حـــول قيام الدائن نفسه باحداث الظرف الطارئ وهو فرض نادر لأن الفرض أن الدائن يسعى لاقتضاء حقه ويهيء السبل لذلك فلا يعقل أن يتسبب هـو فى عرقلة استيفاء ما أبرم العقد من أجل استيفائه ولكنه فرض قائم على الرغم من غرابتــه .

فاذا حدث ذلك وأصبح التزام المدين مرهقا من جراء فعل الدائن ففى هذه الحالة لا يمكن مطالبة المدين بالتنفيذ الا على نفس الوضع المتفق عليه ويتحمل الدائن تبعة فارق الأسعار وحده ولا يجوز له أن يطالب باشـتراك المدين معه فى هذا الغرم فضلا عن ذلك يجوز للمدين أن يطالب بفسـخ العقد لأن ماحدث من الدائن هو بمثابة اخلال بالتزامه التعاقدى.(٥١٨)

مثال ذلك : أن يقوم الدائن فى الفرض السابق باحداث الثغرة الـتى نفذت منها مياه الفيضان فأغرقت زراعة المدين .

واذا كنا قد تكلمنا فيما سبق عن أن المتعاقد قد يتسبب بارادته فـى

٥١٧ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٣ ص٨٦ ومابعدها .
٥١٨ ــ د. عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٥٨٤ .

احداث الظرف الطارئ الا أن ذلك رهن باستطاعة الانسان ومقدرته
فالأصل أن معظم الظروف الطارئة بعيدة بطبيعتها عن أن تكون بفعل
الانسان الذى ليس في قدرته احداث زلزال أو بركان أو أن يسبب فيضانا
أو صاعقه ... الخ مع الوضع فى الاعتبار أن الانسان بتوصله الى تفجير
الذرة قد أحدث ثورة علمية هائلة يستطيع انسان فرد ببعض معطياتها
أن يحدث انفجارا ذريا قد يفوق فى آثاره مايحدثه زلزال أو بركان ولقد
حدثت بالفعل انفجارات ذرية نتيجة أخطاء من قبل أحد العلماء أوالطيارين
وهؤلاء تسأل الدولة عن أخطائهم طبقا لمسئولية المتبوع عن فعل التابع
وكذلك يعد ظرفا طارئا بمعنى الكلمة. (٥١٩)

وأخيرا قد يحدث الظرف الطارئ بارادة الشخص ويستفيد هذا الشخص
من حكم النظرية مع ذلك مخالفا القاعدة التى تحدثنا عنها آنفا .

وتفصيل ذلك أن الحروب لا تكون الا بقرار من رئيس الدولة ولا يمارئ
أحد فى أن الحرب ظرف طارئ وقد وقعت بارادة رئيس الدولة وتمثلت
هذه الارادة فى قرار اعلان الحرب فهل لو أن لرئيس الدولة ارتباطات
تعاقدية اعتلى تنفيذها الارهاق من جراء تلك الحرب فهل له التمسك
بأحكام الظرف الطارئ ؟ .

لا شك أن الاجابة على ذلك بالايجاب لأن رئيس الدولة يعلن الحرب
بوصفه ممثلا للأمة والشعب بل لعل الأخير ينتظر تلك الحرب ويهلل لمجرد
اعلانها ويعتبر رئيسه بطلا تاريخيا لمجرد ذلك. (٥٢٠)

وماقيل بالنسبة للحرب يقال كذلك بالنسبة للثورة فأحيانا تنجب الشعوب

---
٥١٩ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٨٥ هامش(٢) .
٥٢٠ ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع.

أفرادا ذوى قدرات خاصة وتأثير فريد يقع من النفس موقع النجاة من المشرف على الفرق وخاصة أوقات الازمات واحتلال القوات الأجنبية للتراب الوطنى ويطلق على هؤلاء الأشخاص اسم الثوار وقد عرف التاريخ الكثير منهم وتنحصر مهمتهم فى الهاب حماس الشعب للقيام بالثورة على حاكم طاغية أو محتل أثيم فاذا ماوقعت الثورة نتيجة لذلك التحريض فلاشك أنها ظرف طارئ ووقعت بارادة هذا الثائر فله الاستفادة رغم ذلك من حكم الظروف الطارئة لأنه لم يفعل ماحدث الا باعتباره زعيما تلفه الآمال العريضة للشعب راجية منه النجاح فى مهمته باعتبارها أملا يحدوها فاذا تحقق وتغيرت الأوضاع فانه يكون بذلك قد نفذ وكالته عن الشعب.

ولا يقدح فيما قلناه أن رئيس الدولة أو زعيم الثوار كل منهم يعلم بميقات الحرب أو الثورة مما يجعل الظرف بالنسبة لهم متوقعا لأن الحرب أو الثورة كل منهما فكرة قد تنبت وتنفذ بعد عشية وضحاها ويكون كل منهما مرتبطا بعقود طويلة الأمد قبل نشوء تلك الفكرة بوقت طويل .

ثالثا ـ عدم التوقع

لا شك أن وصف عدم التوقع هو محك تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة بل هو أهم ما تمتاز به تلك النظرية (٥٢١) حتى أنها استعارت اسمها من هذا الوصف فى معظم الأحيان فقد عبرت عنها المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بنظرية الطوارئ غير المتوقعة . (٥٢٢) لأن ما يفصل بين كون الحادث طارئا أو غير طارئ هو التوقع وعدمه .

وكما عبر عن ذلك بعض الفقهاء بقوله بأن كل عقد يحمل فى طياته بعض المخاطر وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند ابرام العقد فاذا قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره أما مايجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذى يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان . (٥٢٣)

فاذا كان الحادث متوقعا بالنسبة للمتعاقد وأقدم مع ذلك على ابرام العقد بلا تحفظات فلا يسمع منه بعد ذلك دعوى اعادة النظر فى التزامه المرهق لأن اقدامه على التعاقد مع توقعه لوقوع الحادث يعنى أنه قد قبل

---

٥٢١ ـ فى تفصيل ذلك انظر : د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٣٣٧ ، د. جميل الشرقاوى ـ المرجع السابق ص٣١٦ ، د. مختار القاضى ـ المرجع السابق ص٢٦٢ ، زكى سعيد البدرمانى ـ شرح قانون الاصلاح الزراعى ـ الكتاب الأول ص٩٦ ، د. حسين عامر ـ المرجع السابق ص٨٤ ، د. حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص٣١٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص٣٣٧ ، د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص٢٢٥ ، د. أنور سلطان ـ المرجع السابق ص٣٨٢ ، د. احمد سلامة ـ المرجع السابق ص١٦١ .

٥٢٢ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٨١ .

٥٢٣ ـ د. سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ص ٦٦٦ .

النتائج المحتمل حدوثها نتيجة لذلك .

وعلى العكس من ذلك اذا لم يكن الحادث متوقعا وقت ابرام العقد فمن المنطقى سماع دعوى المدين بعد ذلك لرفع الارهاق الذى ألم به نتيجة الظرف الطارئ الذى لم يكن فى حسبانه ويهدده بخسارة فادحة .

وعدم التوقع يرتبط بندرة وقوع الحادث أو كثرة وقوعه فان كان كثير الوقوع كان متوقعا والعكس صحيح .

ولا يعنى عدم التوقع عدم الحدوث من قبل فالحرب والثورة والأزمة الاقتصادية والاضطرابات كلها أمور وقعت وتقع دائما فى حياتنا ولكن هذا ليس معناه أنه يجب توقعها . (٥٢٤) فنشوب الحرب فجأة وصدور قانون يضع تسعيرة لسلعة معينة تجعل الأسعار تزيد أو تنخفض بطريقة فاحشة كل ذلك يعد من الظروف غير المتوقعة اذا لم تدل على أى منها أمارات قائمة وقت التعاقد .

وعلى ذلك فمن يتعاقد على توريد سلعة مستوردة من الخارج مع قيام نذر حرب تهدد بقطع المواصلات وارتفاع أسعار السلع المستوردة أو فرض القيود عليها ثم أقدم على التعاقد بلا تحفظات فلا يستطيع أن يطلب تعديل التزاماته اذا صارت مرهقة بقيام تلك الحرب .

وباستعراض موقف التشريعات المختلفة للتعرف على موقفها من وصف عدم التوقع نجد معظمها قد أخذ بذلك الوصف صراحة ومن لم ينص عليه جرى العمل لديه على الأخذ به .

فلقد ورد فى نص المادة (٢٦٩) من التقنين البولندى مايشير صراحة

---

٥٢٤ ــ زكى سعيد البدرمانى ــ المرجع السابق ص ٩٦ .

الى هذا الوصف اذ جرى نصها على الآتى : " ... فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت ابرام العقد " .

الا أن نص المادة (١٤٦٧) مدنى ايطالى قد جاء خلوا من ذلك الوصف وليس معنى ذلك أنه وصف غير مطلوب اذ لا يعقل القول بأن المتعاقد يستفيد من أحكام الظروف الطارئة رغم توقعه لها وقت ابرام العقد فهذا الوصف تمليه طبيعة الأشياء والمنطق السليم وانطلاقا من هذا المفهوم فقد جرى العمل لدى المحاكم الايطالية على تطلب ذلك الوصف وعلى هذا جرى حكم محكمة النقض الايطالية فى ١٩٥٥/٩/٢٩ بأن : " امكان توقع الحادث الذى جعل الأداء مرهقا للمدين يجب أن يقدر وفقا لمعيار الرجل العادى ذو العناية العادية وفقا لفرع النشاط الذى يتعلق به الالتزام ".(٥٢٥)

بل لقد سبق لنا أن رأينا (٥٢٦) أن القانون الألمانى يأخذ بهذا الوصف اذ لما صدر فى سنة ١٧٥٦ القانون المسمى "le code maximilianeux bavaricus civilis" كان من بين شروط تطبيقه أن يكون تغير الظروف ليس من السهل توقعه . (٥٢٧)

وكذلك ردد مجلس الدولة الفرنسى هذا الوصف فى قضية غاز بوردو الشهيرة فقد اشترط المجلس لتطبيق أحكام النظرية " أن يكون ارتفاع السعر على خلاف المتوقع ويتجاوز بشكل تأكيدى الحدود القصوى لزيادات السعر التى كان باستطاعة المتعاقدين توقعها منذ ابرام العقد " . (٥٢٨)

---

٥٢٥ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ـ ص٥٨٥ هامش (١) .
٥٢٦ ـ انظر التطور التاريخى ص٥٢ من الرسالة ومابعدها .
٥٢٧ ـ د. محمد عبد الجواد ـ المرجع السابق ص١٦٦ .
٥٢٨ ـ "une augmentation qui, déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites =

أما التقنين المدني المصرى فقد نص على هذا الوصف صراحة ضمن ما أورده في نص المادة (٢/١٤٧) مدني اذ اشترط كون الحادث مما ليس في الوسع توقعه وكذلك فعلت بقية القوانين العربية التي نقلت عن القانون المدني المصرى .

وقد تواترت أحكام المحاكم تؤكد الأخذ بهذا الوصف ولعل من أهم تلك الأحكام الحكم الذي اعتبر قانون الاصلاح الزراعي ظرفا طارئا اذ قالت المحكمة : " .... وكان في مقدمة التشريعات التي سلكت بها الثورة طريقها لتحقيق أهدافها قانون الاصلاح الزراعي .... وما دار هذا الحادث في خلد أحد وما كان متوقعا حدوثه في الوقت الذي أبرم فيه الطرفان تعاقدهما " . وبعد أن نوهت المحكمة بأن محك الأمر في اعتبار هذا القانون ظرفا طارئا هو عدم توقع أحد لحدوثه راحت تؤكد ما ذهبت اليه بانزال هذا الوصف على واقعة الدعوى اذ استطردت تقول : " ولعل أصدق مثل لذلك حالة المدعي عليه في الدعوى الحالية الذي اشترى اطيانا بالتقسيط على آجال بعيدة بثمن كان متفقا مع ثمن المثل في ذلك الوقت ثم اذا بهذا الحادث الطارئ وهو قيام الثورة واصدار قانون الاصلاح الزراعي يقلب كل تدبيره رأسا على عقب ويرهقه من أمره عسرا في تنفيذ التزاماته ويحمله عبئا ثقيلا يكاد ينوء تحت كاهله بعد اذ حدد قانون الاصلاح القيمة الايجارية وثمن البيع للأراضي الزراعية بحيث أضحى المشترى وهو يرغب يجدع الأنف في التحلل من اتفاقه بينما يلح البائع ويلحف في تنفيذ الاتفاق . (٥٢٩)

---

extérnes (des majorations)ayant pu être =
envisagés par les parties lors de la passation du contrat " .
-compagnie génerale d'eclairage de bordeaux-D. 1916-3-25-S. 1916-3-17. (note hauriou).

٥٢٩ ـ القاهرة الابتدائية في ١٩٥٣/١٠/٣١ ـ مشار اليه =

والذى قصدته من سوق فقرات كبيرة من هذا الحكم هو ما استرعانى من قوة تعبيره عن حالة المدين الذى لم يتوقع حدوث الظرف الطارئ اذ بلـغ به الأمر من الارهاق وفداحة الخسارة أن تمنى جدع أنفه مقابل افلاته مـن وطأة هذا الارهاق وفداحة الخسارة وبذلك عبرت المحكمة عن حجم الغـرم الذى أصاب المدين وفى المقابل عبرت عن حجم الغنم الذى ينال الدائـن من جراء انقلاب الميزان الاقتصادى للعقد حتى انه يود أن ينفذ الالتزام ويلح فى ذلك الحاحا ٠

وهذا الحكم يعد نبراسا يهدينا الى المغزى الذى من أجله اشـترط غالب المشرعين وصف عدم التوقع اذ أنه وصف خطير يتوقف عليه أمور خطـيرة تساوى تماما الفرق بين المكسب الكبير والخسارة الفادحة وعلى ذلك يكـون الاتجاه التشريعى فى هذا المقام قد راعى التوازن الاقتصادى بين أداءات العقد رابطا ذلك بالمعطيات المتاحة أمام المتعاقدين من نذر الواقع٠

وانسجاما مع المفهوم السابق فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطـة بأن " التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعه ". (٥٣٠) ومعنى ذلك أنه يجب على المتعاقد أثناء الحرب أن يعلم مدى تفاقـم أحداثها اذ حالة الحرب ظرف يحوى بداخله ماهو من جنسه فيجـب أن يضع المتعاقد ذلك نصب عينيه جيدا وينتظر مزيدا من تفاقم الأحداث الى الأسوأ اذ كل اناء ينضح بما فيه٠

= زكى سعيد البدرمانى ــ شرح قانون الاصلاح الزراعـى ــ الكتاب الثانى ص٢٦ ــ٢٧ ٠

٥٣٠ ــ استئناف مختلط فى ١٩٤٨/٦/٢ م ــ مشار اليه ــ أسعد الكورانى ــ المرجع السابق ص٢٣٥ ٠

وعلى ذلك لو كان قد تعاقد فى وقت ساد فيه الهدوء النسبى للعمليات الحربية فلا يعنى ذلك أن الأمور ستسير على هذا النهج دوما اذ أن تلك العمليات لا يحدها اطار محدد خاصة أن احتمالاتها تحاط بالسرية الكاملة فضلا عن أن تلك الاحتمالات كثيرة التقلب.

وفى نفس المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن : " رفع سعر اللحم وقت الحرب ليس ظرفا طارئا غير متوقع لأن كل متبصر بالأمور يتوقع هذه الزيادة مادامت الحرب قائمة ". (٥٣١)

وعلى ضوء المفاهيم السابقة نستطيع القول بأن هذا الوصف يمكن تعريفه بأنه : " الظن السائغ المقبول المؤيد بمعطيات الواقع لاحتمال وقوع أو عدم وقوع حادث معين فى المستقبل يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ".

ولكن بعد أن بان لنا قدر هذا الوصف ومدى أهميته فان التساؤل يثور حول المعيار الذى على ضوئه نفصل فى مسألة ما اذا كان المدين قد توقع أو كان يجب عليه أن يتوقع حدوث الظرف الطارىء ؟ واذا فرغنا من الاجابة على هذا التساؤل ظهر لنا تساؤل آخر لا يقل أهمية عن سابقه يدور حول مدى اسهام العلم الحديث فى تطور مفهوم عدم التوقع خاصة وأن التكنولوجيا قد أصبحت ملازمة لمعظم أنشطة الانسان فى عصرنا الحديث.

وللاجابة على هذين التساؤلين نتناول كلا الأمرين تباعا كل فى نقطة مستقلة.

أولا : معيار عدم التوقع : ـ

باستقراء كتب الفقه القانوني نجد أن فقهاء القانون لم يتفقوا على كلمة سواء بشأن معيار عدم التوقع فبينما نجد من يحبذ لذلك الأخذ بالمعيار

٥٣١ ـ مشار اليه ـ المرجع السابق نفس الموضع.

الموضوعى نرى من يقحم المعيار الشخصى ولذلك يحسن أن نستعرض كلا المعيارين لنرى الأرجح منهما لحكم المسألة .

(١) المعيار الشخصى : ـ

قوام هذا المعيار هو النظر فى مدى امكانية توقع الحادث من عدمه الى شخص المدين ذاته . (٥٣٢) ولا شك أن النظر اليه يستلزم أن نضع فى اعتبارنا عدة أمور خاصة بشخص المدين .

فيجب أولا النظر الى حالته العامة الصحية والنفسية فقد يكون الشخص غير صحيح تماما نتيجة تعاطيه لمجموعات كبيرة من الأدوية اذا كان ممن يستخدمون هذا الدواء بصفة دورية وقد تكون حالته النفسية متأثرة ببعض الظروف التى مرت به مما يجعله فى حالة من الشرود وعدم التبصر الكامل بعواقب الأمور .

بل اضافة لذلك يجب النظر لمركز الشخص الاجتماعى ودرجة ثقافته وترتيبه فى السلم الاجتماعى فما يتوقعه شخص متعلم على درجة كبيرة من الثقافة قد لا يتوقعه بنفس الدرجة شخص جاهل غير متقف بل ان درجة التوقع تختلف تبعا لما اذا كان الشخص أميا أم يجيد القراءة والكتابة .

والذى دفع أنصار هذا المعيار الى تبنيه فكرتهم التى كونوها عن عنصر التوقع واتجاهم الى أنه من الناحية الموضوعية (objectif) المطلقة يصعب وضع معيار قانونى لاستحالة توقع الحادث الطارىء اذ أنه ليس يوجد شىء يستحيل توقعه فكل الحوادث التى تضرب أمثلة لما هو غير متوقع قد وقعت بالفعل وتقع كثيرا كالحرب والثورة والأزمة الاقتصادية والاضراب ولذلك ولذلك نادوا بضرورة مراعاة عنصر التوقع من منظور شخصى فذلك اكثر

---

٥٣٢ ـ د. حسين عامر ـ المرجع السابق ص ٨٥ .

تمشيا مع المنطق [٥٣٣] فضلا عن احترام مبدأ سلطان الارادة .

وهكذا نجد أن المعيار الشخصي يهبط ليدانى ظروف المتعاقد الشخصية من كافة جوانبها بما يظهره فى صورة مغرية براقة مغلفة بشئ من العدالة والمنطق مسايرة لروح نظرية الظروف الطارئة خاصة وأنه لايتطلب من المتعاقد استفراغ وسعه لاستدراك تعاقب الأمور وادراك العلاقة بين الأشياء والمعطيات المتاحة فهو لايطلب منه اكثر مما تتيحه له قدراته وظروفه الخاصة .

ونتيجة لاحساس أنصار هذا المعيار بأنهم قد أوردوا معيارا غير مانع فقد أوردوا عدة تحفظات تؤكد خطورة الاعتماد عليه ومنشأ هذه التحفظات أنه يصعب تقصي نية المتعاقدين وتعرف العوامل الداخلية الشخصية مع ما فى نصوص العقد من غموض وكل هذه الأمور تولد الخشية من تحكم القضاء مع مايجره ذلك من تنوع الحلول باختلاف الآراء .

ورغم وجاهة هذه التحفظات والتى كشفت مدى ما ينطوى عليه هذا المعيار من خطورة تهدد استقرار التعامل الا أن انصار هذا المعيار قد استدركوا ذلك بالقول بأنه يمكن تفادى تلك المآخذ بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين حتى يكون الحل النهائى أقرب الى المنطق والعدل .

ولقد تواترت عدة أحكام فى فرنسا تؤيد هذا المعيار من منطلق تفاوت الأشخاص فى قدراتهم العقلية وما لديهم من ثقافة وخبرة .

أ ـ فقد قضت محكمة السين التجارية (seine) فى حكمها بتاريخ ١٩١٩/١٢/١٦ م بأن : " ستروين (citroën) بوصفه رجل

---

٥٣٣ ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع .

صناعة متبه لايمكن ان يجهل أن ارتفاع أسعار المواد ممكن بل ومن المؤكد أن يحدث ". (٥٣٤)

ب ـ كذلك قضت محكمة روان (rouen) التجارية فى حكمها الصادر فى ١٩٢٠/٣/١٩ أن : " رينو (renault) بوصفه رجل صناعة مجرب اذ يعمل فى انتاج السيارات منذ سنة ١٩٠٨ كان يجب عليه وقد تعاقد سنة ١٩١٩ أن يتوقر صعوبات فى الصناعة وفى الحصول على الأيدى العاملة ". (٥٣٥)

جـ ـ الا أن محكمة ليون طبقت النظرية بطريقة تتفق مع الأخذ بالمعيار الشخصى تماما وكان رائدها فى هذا الحكم هو أن المتقاضين كانوا أفرادا عاديين ليست لديهم الخبرة والاحتكاك الذى يتوافر لدى رجال الصناعة. (٥٣٦)

---

٥٣٤ ـ "attendu que cetroén, industriel avise ne pouvait ingorer que les haunés de toute espéces pouvaient et même devaient vraisemblablement se produire.
-tril . com. seine, 16 déc 1919 - D. 1920,2,33.

٥٣٥ ـ -"allendu qu'il convient de renarquer que le marché qui lie les parties a été conclu en mai 1919 c'est-a-dire aune epoqueouou les difficulté de fabrication et de main-d'oeuvre avaient du necess airement être envisagées par renault industriel avisé et constructeur d'automobiles depuis 1908 ".
- tril. com. rouen 19 mars 1920. D. 1921-2-43.

٥٣٦ ـ -tril. com. lyon. 1er. avril 1920. D. 1921-2-71.

وواضح من استعراض هذه الأحكام أن المحاكم الفرنسية كانت تدور مع المعيار الشخصى ايجابا وسلبا ففى القضية الأولى والثانية كانت ثقافة المتعاقد ودرجة خبرته تحتم عليه أن يتوقع الظروف التى حدثت حتى ولو كان غيره لا يتوقعها ٠

وفى القضية الثالثة كان وراء تطبيق أحكام النظرية كذلك ذات المعيار الشخصى وهو جهل المتقاضين عن ملاحقة أو توقع الظروف التى حدثت ٠

وتجدر الاشارة الى أن الاتجاه الذى أخذ بهذا المعيار فى فرنسا عرف باسم مبدأ نسبية فكرة عدم التوقع "la relativité de la notion d'imprévisibilité " وذلك من منطلق أن قياس عدم التوقع وفقا لهذا المعيار هو أمر نسبى يختلف باختلاف الأشخاص وظروفهم وصفاتهم على النحو الذى أسلفناه ٠

(٢) المعيار الموضوعى : ــ (٥٣٧)

قوام هذا المعيار هو ماعبرت عنه محكمة النقض من أن الحوادث الطارئة هى : " تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها وألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه وتقدير هذا الأمر هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة " ٠ (٥٣٨)

---

٥٣٧ ــ من أنصار هذا المعيار : د٠ السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٧٣ ، د٠ عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص٤٠٧ ، د٠ عبد المنعم الصدة ــ المرجع السابق ص٣٣٧ ، د٠ جميل الشرقاوى المرجع السابق ص٣١٦ ٠

٥٣٨ ــ نقض مدنى : ١٩٧٥/٣/٤ ــ م نقض م ــ ٢٦ ــ ٥١٥ وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٩٦٩/١١/١١ ــ م نقض م ــ ٢٠ ــ ١١٩٣ ــ محمد كمال عبد العزيز ص٤٢٠ ومابعدها ٠

وبأنه : " اذا كان قوام نظرية الحوادث الطارئة فى معنى المادة (١٤٧) من القانون المدنى أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد والمعيار فى توافر هذا الشرط وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد دون اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع طالما أقامها على أسباب مؤدية الى ما انتهى اليه ". (٥٣٩)

نخلص من هذه الأحكام وما فى معناها الى أن مفهوم المعيار الموضوعى ينصرف الى تقدير وصف عدم التوقع وفقا لمسلك الرجل المعتاد فى ظل ظروف المتعاقد وقت ابرام العقد .

وفى الحقيقة يقع معيار الرجل العادى بين طائفتين من المعايير وهو معيار الرجل شديد الحرص ذو الفكر الثاقب ومعيار الرجل المتخاذل ذو الهمة المتقاعسة .

فالرجل العادى لا ينتمى لأى من الطائفتين ولكنه عوان بين هذه وتلك فيكفى فيه أن يكون مداوما على تحقيق مصالحه بلا تطرف وأن يكون حريصا على عدم التفريط فى تلك المصالح بلا تخاذل أى أن ينتمى الى غالب أفراد المجتمع خاصة وأن الأحكام تبنى على الغالب. (٥٤٠)

---

٥٣٩ ـ نقض مدنى ١٩٧٨/١/١١ فى الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ ق وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٩٦٩/١١/١١ ـ م نقض م ـ ٢٠ ـ ١١٩٣ المرجع السابق ص ٤٢١ .

٥٤٠ ـ د. محمد عبد الجواد شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ص ٥٨٨ .

وعلى ذلك فالمتعاقد مطالب بأن يبذل من الجهد مايبذله الشخص المعتاد فى مثل ظروفه بأن يأخذ فى تقليب الأمور وتفرس معطيات الواقع للتعرف على الأمارات الظاهرة وماقد تخفيه وراءها من أحداث وظروف فان بان له احتمال وقوع حادث يجعل تنفيذ الالتزام فى المستقبل مرهقا كان واجبا عليه أن يضع فى العقد من التحفظات ما يستطيع به اعادة التوازن لاقتصاديات العقد فى اللحظة المناسبة أما اذا استمر رغم ذلك فى التعاقد بلا تحفظات فهو مخطىء وخير جزاء لخطئه هو عدم تطبيق أحكام النظرية فى حقه .

وقد يتساءل البعض: كيف نلزم المتعاقد بتوقعات الآخرين الذين قد يفوقونه فى استعداداتهم العقلية والشخصية ؟ .

والجواب على ذلك من ثلاثة وجوه : ـ

ـ الأول : ـ

أننا لانطلب من المتعاقد أن يستفرغ وسعه فى توقع الحادث طبقا لمسلك رجل معتاد بصفة مطلقة ولكننا ننظر الى عمله ومهنته والتى بسببها أبرم عقده ونطلب منه أن يكون حريصا وفقا لما يكون عليه رجل من أواسط رجال مهنته فى حرصه وقلة اهماله .

فاذا كان المتعاقد تاجرا وضعنا المعيار وفقا لتاجر وسط من أبناء مهنته وان كان مزارعا وضعنا المعيار وفقا لمزراع وسط من أبناء تلك المهنة وهكذا .

ـ الثانى : ـ

أننا حينما تطلبنا من المتعاقد أن يكون حسن توقعه موافقا لما عليه الرجل المعتاد والزمناه بذلك وفقا لمعيار موضوعى دون اعتداد بنظرته

الشخصية فاننا فى المقابل واعمالا للتوازن فى الأحكام أجزنا للمدين الاحتكام الى نظرية الظروف الطارئة لو كان الرجل المعتاد لايتوقع هذا الحادث وقت التعاقد حتى ولو كان المدين ذاته يتوقعه فالمسألة لاتتضمن حيفا بالمدين وانما قامت على أساس الموازنة المحسوبة بمبدأ الغرم بالغنم ٠

ـ الثالث: ـ

أننا نطلب من المتعاقد حسن التوقع وقت ابرام العقد لاقبل ذلك ولا بعده لأن هذه اللحظة هى التى يشحن فيها كل متعاقد امكانياته لخدمة مصالحه من خلال العملية التعاقدية ولا شك أنه يكون حريصا على جلب كل مصلحة له وتجنب أى مضار عن طريق وضع شروط معينة وتفادى أخرى وهكذا تأخذ العملية العقدية من كلا الطرفين طابع الشد والجذب بمنتهى الحرص فلا يقبل بعد ذلك أن يهمل المتعاقد فى تكريس جزء من تفكيره لاستكشاف ظهر الغيب بحسب مايدخل تحت طاقة البشر من خلال المعطيات المتاحة أمامه فلا يسوغ للمتعاقد أن ينشغل فى ترتيب مصالحه التعاقدية ويهمل هذا الجانب الهام ارتكانا الى أن أى ارهاق أو نصب يناله سيجد فى أحكام الطوارئ سلواه التى بها يزيح عن كاهله ما ألم به ٠

وانطلاقا مما سبق كان طبيعيا أن تتوافق محكمة النقض مع جوهر هذه الفكرة فتقضى فى حكم هام لها بأن : " المعيار فى توافر ما اشترطه النص فى وصف الحوادث المشار اليها من أنها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه وتقدير هذا الأمر مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة ". (٥٤١)

٥٤١ ـ نقض مدنى : ١٩٧٥/٣/٤ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٠٤ ص ٥١٥ ٠

ويلاحظ أن المحكمه قد أردفت فى حكمها مايفيد أن تقدير التوقع من عدمه يرجع الى سلطة القاضى التقديرية ويكون تقديره نهائيا اذا كان قد استخلص حكمه بناء على أسباب سائغة ٠

وصفوة القول اذاً أن المدين اذ أخطأ باهمال فى توقع الظرف الطارئ على خلاف مايقضى به منطق أواسط أهل مهنته فانه يتحمل تبعة هذا الخطأ ولذلك ذهب الفقه والقضاء الى أن عدم توقع الحادث وتوقعه يرتبط بندرة وقوعه أو كثرة الوقوع ففى مناجم الفحم يجب توقع حصول الاضراب ويقاس على ذلك المصانع ٠

كذلك يقتضى حسن الفهم أن يتوقع الزراع مايصيب المحصول من آفات زراعية وندرة المحصول أو وفرته اذ فى هذه الأحوال يكون المدين مخلا بواجب التوقع أى مخطئا لأنه لم يتوقع هذا الحادث الذى يكثر وقوعه ٠ اذ بذلك يعتبر عاديا ويجب على المتعاقد أن يتوقع الأمور العادية حتى ولو كانت شاذة ٠ (٥٤٢)

وفى ذلك قضت محكمة استئناف الاسكندرية بأن : " اصابة القطن بدودة اللوز أمر متوقع وان كان شاذا " ٠ (٥٤٣)

وتأكيدا لذلك عندما دارت المناقشات فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل فى هذه اللجنة أن انتشار الدودة لايعد حادثا استثنائيا عاما لأنه خطر متوقع ٠ (٥٤٤)

---

٥٤٢ ــ د٠ حسين عامر ــ المرجع السابق ص٨٤ ٠

٥٤٣ ــ فى ١٩٥٤/١١/٢٤ ــ المجموعة الرسمية السنة ٥٤ ق ــ العدد ٧ ، ٨ ص٢٩٠ رقم١٧٤ ٠

٥٤٤ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٨٢ ٠

ورغم ذلك يجب أن نفهم أن توقع خطر الدودة وارد من تكرار حدوثها عاما بعد آخر بصرف النظر عن حجم اصابات لوز القطن والتى قد تختلف من سنة لأخرى ومادمنا قد اعتنقنا مفهوم الندرة مقياسا لعدم التوقع فان اصابة اللوز بدود القطن لواتصف بالندرة ويكون ذلك لو حدث لأول مرة ــ فانه بلاشك يعد ظرفا طارئا ٠

وانطلاقا من هذه الفكرة وايمانا بأن العلة تدور مع معلولها وجودا وعدما فانه يجب أن تراعى ظروف الاقليم الذى حدثت فيه الاصابة وما اذا كانت متكررة أم وقعت لأول مرة مما حدا ببعض الفقهاء (٥٤٥) أن ينادى بتطبيق النظرية فى مناسبة انتشار دودة القطن لأول مرة انتشارا غير عادى فى مديريات الصعيد فى صيف عام ١٩٥١ حيث أخذت جمهور المزارعين على غرة ولم يكن الكثيرون يعرفونها ٠

وماقيل فى شأن دودة لوز القطن يقال لأى آفة زراعية تنتشر لأول مرة بطريق القياس٠

ــ الرأى الخاص ــ

بعد أن انتهينا من استعراض كلا من المعيار الشخصى والموضوعى نرى أن المعيار الموضوعى هو الأرجح وهو المقبول لدى الفقه والقضاء وليس أدل على ذلك من أن مجلس الدولة الفرنسى قد تبناه اذ أنه فرق بين احتمالين أولهما الاحتمال العادى ويقصد به ماكان يمكن لكلا المتعاقدين توقعه من الظروف التى حدثت وبالتالى يتحمل كل منهما نتائجها وثانيهما وهو الاحتمال غير العادى وهى تلك الأمارات التى تجاوز فى استنباط

٥٤٥ ــ د٠ حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق ص٣١٨ هامش (١) ٠

مغزاها حدود ما استطاع المتعاقدان أن يدخلاه فى حسابهما عند ابرام العقد وبالتالى لايسألان عن تلك النتائج بل تطبق فى حقهما أحكام النظرية ٠ (٥٤٦)

أضف الى ذلك أن المشرع باعترافه بنظرية الظروف الطارئة أراد بذلك أن يقيم نوعا من التوازن بين طرفى العقد فكان يراعيه فى كل خطوة من خطوات بناء تلك النظرية وفى هذه النقطة بالذات (عدم التوقع) لم يشأ أن يترك زمام الأمور بيد المدين يوجهها حسبما يحلو له وتصور له خيالاته خاصة وأنه يتمنى الافلات من الالتزام الذى صار مرهقا ولو كان الثمن فى سبيل ذلك هو جدع أنفه وفى المقابل نرى الدائن وقد لاحت له أمارات الثراء من جراء الطفرة الهائلة المتمثلة فى انقلاب الميزان الاقتصادى للعقد لصالحه بين عشية وضحاها فنراه يلح ويلحف فى طلب تنفيذ العقد على ما هو عليه وبنفس شروط ما قبل حدوث الظرف الطارئ ٠

وهكذا نجد أن كلا من الدائن والمدين على طرفى نقيض فلو مال المشرع لأحدهما دون الآخر لأتهم بعدم الحيدة فكان لزاما من وضع معيار موضوعى مجرد يحتكم اليه فى مثل هذه الحالات ٠

فضلا عن كل ذلك فالتوقع وعدمه أمر نفسى لا سبيل الى التعرف عليه الا عن طريق المدين نفسه ولا شك أنه لن يوقع نفسه فى الحرج فتلك سنة البشر غالبا ولو قيل ان التوقع يمكن استنباطه من الأمارات الخارجية الظاهرة التى كانت تحف بالمتعاقدين لحظة ابرام العقد لقلنا على الفور أن ذلك ارتداد للمعيار الموضوعى لأن تلك الأمارات الخارجية لا تكون وقفا على المدين فحسب بل هى معطيات تلوح للمدين وغيره بما يعنى أن غالبية الأشخاص

---

٥٤٦ ــ د٠ حسين عامر ــ المرجع السابق ص ٨٦ ــ ٨٧ ٠

ستدرك ماكان يجب أن يدركه المدين وما المعيار الموضوعي الا ذلك.

وأخيرا فان الحادث الطارئ قد يكون متوقعا ومع ذلك تطبق أحكام النظرية اذا خاب ظن المتعاقد في مدى آثار هذا الحادث بمعنى ان الحادث قد يتوقعه المدين وفقا للمألوف العادي للأمور ولكنه حين يقع يجاوز في مداه هذا المألوف وخير مثال لذلك ماقضت به المحكمه الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٢/٦/٩ م بقولها : " ان الارتفاع الباهظ في اسعار الزئبق ان صح أنه كان متوقعا بالنسبة الى العقد الثاني فان مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الأول جنية وستمائة مليم بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني جنيهان وثمانمائة وثمانون مليما ثم أصبح وقت الشراء أربعة جنيهات وخمسين مليما ومن ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق في هذه الحالة ". (٥٤٧)

ثانيا : مدى اسهام العلم الحديث في تطور مفهوم التوقع : ـ

حينما نتناول مسألة مدى أسهام العلم الحديث في تطور مفهوم التوقع أجد لزاما على عند ذكر الحقائق العلمية أن أمزج ذلك بشيء من التطبيقات والنتائج العملية ولايعد ذلك ـ في نظري ـ خروجا على المنهج العلمي أو ذكر شيء في غير موضعه لأن تلك التطبيقات العملية تظهر لنا مدى الكوارث التي تحل بالأفراد والأحوال من جراء تلك الظروف المدمرة مما يظهر لنا أهمية الاهتمام بوصف عدم التوقع لنعلم مدى مايحيق بالمتعاقد المهمل من خسارة جناها عليه اهماله في حسن التوقع والاستعانة بالأبحاث والنتائج العلمية في هذا المجال فضلا عن متابعة النشرات التي تذاع

---

٥٤٧ ـ د. سليمان الطماوي ـ المرجع السابق ص٦٦٧ ـ ٦٦٨ .

تباعا عن حالات الطقس والتوقعات المنتظرة وما تصدره الأجهزة الخاصة برصد الزلازل والبراكين عن اتجاهاتها وتوقيت وقوعها ومدى نتائجها خاصة وأن العملية العقدية لم تعد تلك العملية التقليدية التى غالبا ما تتم وتنتهى فى اطار بلد أو دولة معينة فقد أدى ارتباط أرجاء المعمورة بشبكة من المواصلات الى أن صار التاجر فى مصر يتعاقد مع آخر فى الولايات المتحدة الأمريكية بمنتهى السهولة واليسر رغم بعد المسافات٠

ولعل أهم مايهمنا معرفته فى هذا المقام هو مدى اسهام العلم الحديث فى التنبؤ بوقوع الزلازل والبراكين وكذلك التقلبات المناخية المدمرة كالجفاف والأعاصير ومدى ماخلفاه من دمار للأموال وتشريد للبشر٠

واذا كانت أجهزة رصد الزلازل تفيد فى هذه الناحية الى حد ما فهل يمكن الأعتماد على حركات معينه لدى الحيوانات لمعرفة ما اذا كان زلزالا سيقع أم لا ؟ لاشك أن ذلك أمر جائز سنتعرف عليه من خلال تناول نقاط هذا البحث بادئين بالحديث عن الزلازل والبراكين ٠ ثم الاستفادة من الحركات العصبية والعشوائية للحيوانات أو بعبارة أخرى مدى تنبؤ الحيوانات بوقوع الزلازل وأخيرا مدى ما تحدثه التقلبات المناخية من آثار على الزرع والضرع٠ (٥٤٨)

(١) الزلازل والبراكين : ـ

يعرف الزلزال بأنه هزة أو رجفة تنتاب سطح الأرض٠

---

٥٤٨ ـ كل الحقائق المذكورة فى هذا الموضوع مأخوذه من أعداد مجلة الفيصل السعودية وهى : العدد ١٢ لسنة ١٩٧٨ ص٩١ ، (٥٨) لسنة ١٩٨٢ ص٩١ ، (٧٤) لسنة ١٩٨٣ ص١١٠ ، (٧٧) لسنة ١٩٨٣ ص٩١ ، (٩٦) لسنة ١٩٨٥ ص٩١ ، (١٠٦) لسنة ١٩٨٦ ص٧٥٠

أما البركان فهو فتحة فى قشرة الأرض تتصاعد منها الغازات وتقذف الصخور مصهورة وصلبة ويستند التوقع بالزلازل على بعض الأسس التى وضعها فريق من باحثى مرصد لامونت دورانى للزلازل وقد أدرجت هذه الأسس فى نظرية تسمى نظرية الفجوة الاهتزازية وباستخدام الوسائل العلمية فى التوقع استطاع العلماء أن يتوقعوا حدوث بركان جبل سانت هيلينز بعد ما ظهرت أمارات ذلك من رصد هزات أرضية للجبل مع تصدع عميق للكتلة الصخرية على قمة الجبل ونتيجة لذلك فقد توقعوا حدوث انفجار بركانى وهذا ماحدث بالفعل اذ اهتز الجبل تحت تأثير هزة أرضية بلغت قوتها خمس درجات بمقياس رختر .

ويعد بركان شيشون ثانى أعنف بركان بعد بركان سانت هيلينز وقد نتج عنه كتلة من الغبار البركانى والغازات تألفت منها سحابة قدرت بخمسمائة مليون طن مترى وعلى ضوء تلك السحابة توقع الخبراء تغيرا فى مناخ الأرض لتأثير نشاط البراكين على المناخ .

(٢) مدى قدرة الحيوان على النبوء بالزلازل : ــ

يثور التساؤل اذا كان الانسان قد اخترع من الأجهزة والوسائل العلمية ما يمكنه من توقع البراكين والزلازل قبل حدوثها فهل يكون ذلك بمقدور الحيوان ؟ الاجابة على ذلك بالايجاب ففى عام ١٩٧٤ استطاع علماء الصين التنبؤ بوقوع زلزال قبل حدوثه بسنتين وكان العلماء يترقبون ويلاحظون كل شئ خلال تلك الفترة حتى وقعت أعينهم على ظاهرة غريبة وهى احساس الحيوانات بالزلزال قبل موعده بسنة ونصف حيث خرجت الثعابين من بياتها الشتوى الدافئ فلقيت حتفها نتيجة تجمدها باثر الجليد وتركت الفئران أوكارها فى جماعات انتحارية الى الشوارع وغادر الأوز البحيرات معتليا قمم الأشجار على غير عادته واخذت الخنازير تعض بعضها البعض بشكل جنونى كما انطلقت

الأبقار هائمة على وجهها بعد أن حطمت حظائرها وأما الكلاب فقد صم نباحها الآذان وبعد ذلك وبمضى فترة كبيرة صحت المدينة من نومها على صوت الحيوانات فى الشوارع بطريقة غير طبيعية مما جعل العلماء يتأكدون أن زلزالا وشيك الوقوع فأفرغ المسئولون المدينة من سكانها (مليون نسمة) ولم تمض بعد ذلك الا ساعات قليلة وحدث زلزال رهيب ساوى المدينة بالثرى ٠

(٣) التقلبات المناخية : ـ

أعقب انفجار بركان شيشون سنة ١٩٨٢ بالمكسيك ظاهرة تسمى " بالنينيو ". (٥٤٩) وتمثلت تلك الظاهرة فى الجفاف والحرائق والسيول والأعاصير التى خلفت أضرارا بالغة ومتنوعة فى خمس قارات ٠

وقد توقع علماء الأرصاد الجوية هذه الظاهرة نتيجة للسحابة الهائلة من الغبار البركانى فى الجو ٠

وفى استراليا سنة ١٩٨٢ سجلت مقاييس الضغط الجوى ارتفاعا للضغط فوق هذه المنطقة لم يسبق له مثيل مما يحمل معه احتمالا بحدوث الجفاف وبالفعل حدث ذلك مما كان له تأثير سيء على الثروة النباتية اذ جفت المزروعات والغابات وكذلك على الثروة الحيوانية اذ عانت المواشى من المجاعة والعطش حتى أن أحد المزارعين ويدعى (أوبريان) وكان يمتلك (١٤٠٠) رأسا من الخراف اضطر لبيع الرأس منها بدولارين بعد أن كان يصل ثمنه فى الأحوال العادية الى عشرين دولارا ولم يقف الأمر عند هذا

---

٥٤٩ ـ النينيو تعنى بالاسبانية الطفل لأن هذه الظاهرة تتألف فى الأحوال العادية من نسمات الرياح الرقيقة الدافئة ولكن هذه المرة جاءت على نحو مختلف تماما ٠

الحد بل هبط سعر الرأس الى عشرة سنتات مما اضطر هذا المزارع الـى قتلها جميعا حتى يخلصها من آلام الجوع والعطش .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فعلى الجانب الآخر بأمريكا اللاتينيـة حدثت سيول ضخمة التهمت مزارع الموز والأرز .

ومع كل هذا التطور نستطيع القول بأن مافعله العلم لايعد سوى قطرة فى محيط كبير اذ أن هذه الظواهر لها أغوار بعيدة جدا لم يقف الانسان على عشر معشارها وذلك مصداقا لقول العالم د / راماج عالم الأرصـاد الجوية الاستوائية فى جامعة هاواى بأن : " ظاهرة النينيو تعد مـن الظواهر الأكثر تعقيدا بالنسبة للمتنبئين بالأحوال الجوية فمع كثرة العناصر المتغيرة فى هذه الظاهرة أجد نفسى مضطرا للاعتقاد بأن الأمل ضعيف فى اكتشاف سرها " .

والغرض من العرض السابق أنه يمكن استغلال هذه المعطيات العلمية أو الأمارات التى تظهر على الحيوانات فى الاستعداد لمواجهة مايحملـه المستقبل القريب فى طياته فلو أن منطقة ما رصد فيها زلزال وشيك الوقـوع لأمكن اخلاؤها مما فيها كما حدث فى المدينة الصينية وبذلك يتم تفـادى اهلاك الثروة الحيوانية وما يستطاع نقله من ثمار المزروعات فلو أن الراعـى الاسترالى كان على بينة من أمره لما خسر تلك الخسارة الفادحة فى مواشيه ولما لجأ الى قتلها لتخليصها من آلام الجوع والعطش ولاستطاع نقلهـا الى مكان آخر أكثر أمنا فضلا عن قدرته على تنفيذ التزاماته التعاقديـة ان كان قد ارتبط بمثل هذا العقد وذلك دون كلفة أو مشقه ولكن بقليل مـن التبصر ومتابعة النشرات الدورية الخاصة برصد الزلازل والأحوال المناخية .

الفرع الثالث
صفة الالتزام المتأثر بالظرف الطارئ

لا شك أن أداءات العقد تتأثر زيادة أو نقصا تبعا لظروف التنفيذ وكل ذلك غير مؤثر ولا يجيز لمن تأثرت أداءاته على هذا النحو طلب تطبيق أحكام الظروف الطارئة الا أنه اذا بلغ هذا التأثر حد الارهاق ففى هذه الحالة لا قبل للمتعاقد ولا طاقة له على تحمل ذلك وان تحمله ــ وهذا جائز ــ فانما يكون بتحمل خسارة فادحة على غير مقتضى العقد ٠

فالالتزام الذى يتأثر بالظرف الطارئ يوصف بالالتزام المرهق نسبة الى الكلفة والمشقة التى تحيق بالمتعاقد من جراء التنفيذ فى مثل هذه الظروف حتى أن بعض الفقهاء فى ايطاليا اشتق من هذا الوصف اسما للنظرية فأطلق عليها اسم نظرية التنفيذ المرهق٠ (٥٥٠)

وصفة الارهاق هى محور الارتكاز بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فهى تشير الى أن صعوبات التنفيذ لايؤبه بها الا اذا بلغت حد الارهاق لأن مسألة الربح والخسارة هى من الأمور المألوفة فى التعامل ولكن غير المألوف أن يصل ذلك الى حد الارهاق هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان الارهاق كصفة يمايز بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة فان كان كلاهما يشترك فى أنه لايمكن توقعه ولا يستطاع دفعه الا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا (impossibility) استحالة مطلقة (absolute) مما يؤدى الى انقضاء الالتزام عكس الظروف الطارئة فانه يترتب عليها جعل الالتزام مرهقا أو مستحيلا استحالة نسبية فحسب فلا ينقضى وانما يرده القاضى الى الحد المعقول ٠

---

٥٥٠ ــ د٠ محمد عبد الجواد ــ شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ص٢ ٥٦

وقد قضى بأن : " الحادث العارض الذى يجعل التنفيذ مرهقا للملتزم فحسب كارتفاع أثمان المبيعات موضوع عقد التوريد ارتفاعا باهظا لا يؤدى الى انقضاء الالتزام وابراء ذمة الملتزم منه " . (٥٥١)

ويبين من الحكم السابق أن الارهاق هو نوع من الاختلال الاقتصادى لأداءات الطرفين فى العقد .

والكلام عن الارهاق يثير اكثر من تساؤل أول هذه التساؤلات هو المعيار الذى يعتد به لقياس الارهاق ثم بيان اثره واذا كنا نتناول وصف الارهاق من وجهة نظر القانون المصرى فما موقف القوانين التى أخذ منها هذا التقنين تلك النظرية ونقصد بذلك كلا من القانون البولندى والايطالى وأخيرا اذا كان الافتراض يقوم على أساس أن الارهاق ينظر اليه من خلال منظور اقتصادى بما يعنى اصطباغ النظرية بصبغة اقتصادية فهل معنى ذلك أن الارهاق لو كان نتيجة ظروف غير اقتصادية لا تطبق أحكام النظرية ؟ .

كل هذه الأمور وغيرها مما يظهره البحث نعالجها تباعا على النحو التالى : ـ

البند الأول : الارهاق .

البند الثانى : موقف كل من القانون البولندى والأيطالى .

البند الثالث : الارهاق الناشىء من ظروف غير اقتصادية .

---

٥٥١ ـ استئناف القاهرة ـ المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢٦ ص١٩٧ .

البند الأول

الارهـــــاق

يمكن تعريف الارهاق بأنه : " وصف يلحق بالتزام أحد المتعاقديـن يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا اياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد ابرام العقد " ٠

ووفقا لهذا التعريف يكون الارهاق مرنا بحسب الأصل اذ أنه يختلـف من مدين لآخر وبحسب ظروف كل متعاقد فما يعد مرهقا لمتعاقد قد لايعد كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر هذا من حيث الأشخاص٠

كذلك من حيث الزمان فان مايعد مرهقا فى زمن قد لايعد كذلك فـى زمن آخر وكل ذلك منوط بمدى اختلال التوازن الاقتصادى بين التزامـات الطرفين ٠

ونتيجة لمرونة الارهاق واختلافه على النحو السابق فانه من المتصور أن تختلف الحلول بالنسبة له من عقد لآخر مما يوجب علينا ضرورة وضع معيـار محدد يحتكم اليه عند اللزوم وبذلك نضع اطارا موحدا يرجع اليه القضاة عند رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويكون الاختلاف هو فى مضمون الاطار ذاته وذلك باختلاف معطيات كل عقد ٠

بالاضافة لذلك تلوح فى الأفق عدة تساؤلات تفرض نفسها على بسـاط البحث ويقتضيها المنطق السليم وأولى هذه التساؤلات تدور حول الوقـت الذى يعتد فيه بالارهاق؟ ثم ماهو الحل اذا قام المدين بتنفيذ التزامه المرهق ثم طالب بعد ذلك بتطبيق أحكام النظرية ؟ وأخيرا فقد أثار البعض مسألة قيام الارهاق أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم وقبل تنفيـذه

فما مدى معقولية طلب تطبيق أحكام النظرية في ذلك الوقت وآخر تساؤل يدور حول مدى تأثير ابرام المدين لعقد تأمين على الصفقة على طلبه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ٠

وعلى ذلك تنحصر نقاط البحث في الآتي : ـ

أولا : معيار الارهاق ٠
ثانيا : ابرام عقد تأمين بشأن الصفقه محل التعاقد ٠
ثالثا : تنفيذ المدين لالتزامه رغم قيام الارهاق ٠
رابعا : نشوء الارهاق بعد رفع الدعوى ٠

ونتولى الكلام عن كل نقطة من تلك النقاط تباعا ٠

أولا : معيار الارهاق : ـ

يختلف معيار الارهاق باختلاف زاوية النظر اليه بحسب ما اذا كنا ننظر اليه من حيث وجوده من عدمه أو من حيث القدر الذى يجب أن يصل اليه حتى يمكن الاعتداد به وأخيرا يمكن أن ننظر اليه من حيث نطاقه وعلى ذلك يتحدد معيار الارهاق من خلال زوايا ثلاث وهى الارهاق فى ذاته ثم مداه وأخيرا نطاقه ٠

(١) الارهاق فى ذاته : ـ

نقصد من ذلك التحقق من وجود الارهاق أو عدم وجوده وأساس ذلك ٠ يأخذ غالبية الفقه [٥٥٢] فى هذا الصدد بالمعيار الموضوعى دون اعتداد

٥٥٢ ـ د٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٠ ٥٨ ، د٠ السنهورى ـ المرجع السابق ص٨٧٤ ، د٠ عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ص٤٠٨ ، د٠ مختار القاضى ـ المرجع السابق ص١٦٢ ، عادل علوبه ـ المرجع السابق ص٢٥٦ ، أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص٢٤٠ ٠

بظروف المدين الشخصية وانما يقدر الارهاق منظورا اليه بمعيار متعاقد عادى فى مثل ظروف المدين ــ ومعنى ذلك أن يكون الالتزام قد صار مرهقا فى ذاته بصرف النظر عن الظروف الخاصة بالمدين . (٥٥٣)

وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن : " تقدير مدى الارهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع ومناط هذا الارهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا للظروف المتعلقة بشخص المدين ". (٥٥٤)

وكذلك قضت محكمة استئناف تورينو بايطاليا بأن : " المادة ١٤٦٧ تقتضى تقديرا موضوعيا للتوازن بين الأداء ومقابل الأداء بصرف النظر عن قدرة المدين الاقتصادية ". (٥٥٥)

وبأن : " الارهاق الفادح يجب مع ذلك أن يؤثر موضوعيا فى العقد فلا يعتبر من قبيل الارهاق الفادح سوء مركز أحد الطرفين الناشئ من ظروف شخصية بحتة ". (٥٥٦)

ومعنى ماتقدم أن قدرة المدين الاقتصادية لاتوضع فى الاعتبار عند التحقق من وجود الارهاق .

وعلى ذلك فلو أن ظروف المدين الاقتصادية كانت مواتية لدرجة يستطيع

---

٥٥٣ ــ د . عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٥٨٠ .

٥٥٤ ــ نقض مدنى ١٩٧٧/٣/١ ــ فى الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق ــ محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٣ .

٥٥٥ ــ استئناف تورينو فى ١٩٤٧/٤/٢٢ ــ مشار اليه د . عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ص ٥٨٠ هامش (١) .

٥٥٦ ــ محكمة نابولى فى ١٩٤٧/١٢/١٧ ــ مشار اليه المرجع السابق نفس الموضع .

معها التقليل من الارهاق الناشئ من الظرف الطارئ فان ذلك لايحجب عنه الاستفادة من أحكام نظرية الظروف الطارئة طالما أن تلك الظروف التى واتته لاتتصل بالصفقة التى صارت مرهقة فى ذاتها ٠

فاذا التزم تاجر بتوريد قمح وكان قد قام بتخزين كميات كبيرة منه دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين والتزامه بتوريد القمح وانما كان ذلك نتيجة اعتياده الدائم على هذا المسلك ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها فى الصفقة التى أبرمها ٠ (٥٥٧)

كذلك الحال بالنسبة لندرة المادة الأولية وما يترتب على ذلك من ارتفاع فى السعر يؤدى الى ارتفاع فى نفقة انتاج السلعة المشتقة من هذه المادة فقد يكون عند المدين كمية كبيرة من هذه لمادة الأولية احتفظ بها دون أن يكون ذلك ناشئا عن توقعه غلاء الأسعار ودون أن تكون هناك صلة بين احتفاظه بهذه الكمية وبين التزامه ٠ (٥٥٨)

وتقدير مسألة وجود الارهاق من عدمه مما يستقل به قاضى الموضوع وفقا لكل حالة على حدة ٠

(٢) الارهاق فى مداه : ـ

ليست كل خسارة تحيق بالمدين تبرر تطبيق حكم المادة (١٤٧ / ٢) م بل يجب أن تكون الخسارة فادحة وهى التى لاتكون مألوفة فى التعامل ٠ اذ الخسارة المألوفة لاتكفى لأن التعامل مكسب وخسارة ٠ (٥٥٩)

---

٥٥٧ ـ د٠ السنهورى ـ المرجع السابق ص٨٧٧ ٠

٥٥٨ ـ ٠ عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨٠ ٠

٥٥٩ ـ المرجع السابق ص٥٨٢ ـ ٥٨٣ ، د٠ السنهورى ـ المرجع السابق ص٨٧٦ ٠

وعلى ذلك قضت محكمة كفر الشيخ الابتدائية فى ١٩٥٥/٣/٢ أن :

" هبوط قيمة الفدان من مائة جنيه الى سبعين جنيها لايعتبر خسارة فادحة ". (٥٦٠)

وماقضت به محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٥٥/٤/٢٦ من أن :

" نقص السمك فى البحيرة المستأجرة بمقدار الربع لايتجاوز الخسارة المألوفة ". (٥٦١)

واذا تيمنا شطر القضاء السودانى نجد أنه يتبنى نفس وجهة نظر القضاء المصرى فحينما أتيح لهذا القضاء تطبيق نص المادة (٢/١٣٧) انتهى الى أن ارتفاع سعر العدس من سبعين جنيها الى أربعة وتسعين جنيها للجوال الواحد لايجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالدرجة التى تعرض المدين لخسارة فادحة. (٥٦٢)

ويمكن أن نحدد الخسارة الفادحة بأنها تلك الخسارة التى تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب فتكون الخسارة فيه جسيمة تخرج عن حدود المألوف والمعروف وتجعل الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم الواجب رفعه.

وبعبارة أخرى فالخسارة الفادحة هى التى تتعارض مع تدبير المتعاقد وتحمله من أمره عسرا فى تنفيذ التزامه وتلقى على أكتافه بعبء ثقيل يحمل فى طياته نذر الخراب درجة يتمنى معها المدين الافلات من التزاماته ولو كلفه ذلك جدع أنفه. (٥٦٣)

---

٥٦٠ ـ أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص ٢٤١.
٥٦١ ـ المرجع السابق نفس الموضع.
٥٦٢ ـ د. حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص ٣٦٩.
٥٦٣ ـ هذا التعبير مقتبس من حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/٣١.

وليس معنى اشتراط الخسارة الفادحة أن نقصد بذلك الخسارة التى تؤدى الى خراب المدين بالفعل بحيث اذا لم تبلغ الخسارة هذه الدرجة لاتعتبر فادحة اذ لانص القانون ولا روحه يبرران هذا التشدد .

وتمشيا مع هذه النظرة فان المحاكم الألمانية لاتشترط الخراب الاقتصادى للمدين وانما تعمل نوعا من المقارنة بين مصلحة الدائن فى التنفيذ ومركز المدين ومن نتيجة هذه المقارنة تقرر ما اذا كان ينبغى أو لاينبغى احترام القوة الملزمة للعقد . (٥٦٤)

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية بأن : " تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينةُ أهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة " . (٥٦٥)

وبأن : " نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يستلزم فى الارهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة ومن ثم فان الخسارة المألوفة فى التعامل لاتكفى لاعمال حكم الظروف الطارئة " . (٥٦٦)

ومن ناحية أخرى لايعد النقص الكبير فى الربح من قبيل الخسارة الفادحة حتى ولو انعدم الربح تماما فاذا ارتفع الثمن ارتفاعا كبيرا رأى معه

---

٥٦٤ ـ د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص٥٨٣ مقروءة مع هامش (١) .
٥٦٥ ـ نقض مدنى فى ١٩٧٧/٣/١ م فى الطعن رقم ٥٨٠ السنة ٤٣ ق . محمد كمال عبد العزيز ص٤٢٣ .
٥٦٦ ـ نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٩ ـ م نقض م ـ ٢٦ ـ ١١٦٣ ـ محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٣ .

المدين نقص أو انعدام ربحه فان ذلك لا يسيغ طلب تطبيق نص المادة (٢/١٤٧) مدني بل يجب أن تكون الخسارة فادحة. (٥٦٧)

ومعنى ذلك أن الخسارة في مجرى نص المادة (٢/١٤٧) هي بمثابة مصطلح فني ذو دلالة خاصة تتجاوز بكثير مجرد المعنى الجاري لمفهوم الكسب والخسارة أي أنها لا تعني فوات الكسب بل تعني الخسارة الواقعة.

وتأكيدا لذلك ذهب البعض الى أن الخسارة الفادحة قد تتمثل في زيادة سعر محل الالتزام زيادة فاحشة أو في هبوط هذا السعر هبوطا فاحشا وفي كلا الفرضين يوجد الارهاق المبرر لتطبيق حكم المادة (٢/١٤٧) وفي الفرض الأول يقع الارهاق علي عاتق المدين وفي الثاني يقع على عاتق الدائن. (٥٦٨)

(٣) نطاق الارهاق: —

يثور التساؤل عن تقييمنا للارهاق الذي ألم بالتزام المدين هل يكون ذلك في حدود الصفقه التي تفرع عنها الالتزام أم بالنظر الى موارد المدين وثرواته؟. لو قلنا بالحل الأخير لكان معنى ذلك أنه لن يوجد في الغالب التزام مرهق لصاحبه حيث توجد لديه من الامكانيات المادية ما يستطيع بمقتضاها أن يتفادى ذلك الارهاق وتغطية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ليس من العدل الأخذ بهذا الحل لأن المدين حينما يبرم عقدا ما انما يريد بذلك تحديد مسئولية في حدود ما يتولد عن هذا العقد من التزامات ولذلك كان المبدأ الشهير بأن العقد شريعة المتعاقدين أي أنه القانون الذي يخاطبان به في خصوص موضوع العقد وبعبارة أخرى

---

٥٦٧ — د. عبد الحي حجازي — المرجع السابق ص٥٨٣.

٥٦٨ — د. محمد عبد الجواد — المرجع السابق ص ٦٠٣ — ٦٠٤.

أن كلا المتعاقدين قد حدد ماينفعه ومايضره بحدود هذا العقد فحسب ولذلك كان منطقيا أن يقرر المشرع أن المتعاقد لا يسأل الا عن الضرر الذى كان يتوقعه وقت ابرام العقد مع أن المبدأ العام فى المسئولية أن الشخص يسأل عن كافة الأضرار ما توقعه ومالم يتوقعه طالما كان ذلك من صنع يديه .

أضف الى ذلك أن تقييم الارهاق انما يكون من خلال منظور موضوعى بؤرة الاهتمام فيه التزام المدين ذاته مستقلا عن شخصه وهذا أمر يدل على دقة متناهية فى تكييف طوارئ العقد ويتماشى مع منطق نظرية العقد ذاتها.

وانسجاما مع ماقدمناه كان حريا بالفقه والقضاء أن يتجه وجهة تتفق مع منطق نظرية العقد ذاتها فكان الاتجاه الى النظر لما حاق بالتزام المدين من ارهاق فى حدود الصفقة ذاتها والتى أبرم فى شأنها العقد .

فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقه تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لاتعد ذات بال بالنسبة لمجموع ثروته . (٥٦٩)

ولذلك قضى : " بوجوب النظر عند تقدير الارهاق المترتب على الحادث الطارئ الى ذات الصفقة موضوع العقد مثار النزاع للوقوف على مدى ما أصاب المدين من ارهاق ". (٥٧٠)

كذلك قضى بأنه : " متى كان الحكم المطعون فيه لم يجاوز وهو بصدد

---

٥٦٩ ــ د. السنهورى ــ المرجع السابق ص٨٧٧ .

٥٧٠ ــ نقض مدنى فى الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق ــ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية لمحكمة النقض السنة (١٥) العدد الثالث من اكتوبر ــ ديسمبر ١٩٦٤ .

بحث شروط نظرية الحوادث الطارئه ــ النطاق الواجب التزامه فى تحقيق شرط الارهاق المهدد بالخسارة الفادحة للمشترى اذ نظر الى الصفقة ذاتها مدللا من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط وكان ماقرره فى شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع فانه لا يمكن النعى عليه بأنه قد خالف القانون ". (٥٧١)

وهكذا كانت أحكام القضاء تترى مؤكدة أن نطاق الارهاق يتحدد بحدود الصفقه ذاتها دون اعتبار لثروة المدين أو موارده ويستوى فى ذلك المدين كشخص طبيعى او معنوى.

وعلى ذلك لو أن شخصا التزم بتوريد سلعة معينة كان يحتفظ فى مخازنة بكميات كبيرة منها ولكن حدثت ظروف طارئة حيال صفقه من هذه السلعة أبرم عقد لتوريدها فلا يمكن القول بحرمان هذا المدين من الاستفادة من حكم المادة (١٤٧ / ٢) مدنى بمقولة أن لديه من كميات السلعة مايغطى ذلك الارهاق طالما أنه لم يكن يتوقع حدوث الظرف الطارئ فضلا عن عدم وجود صلة بين هذا التخزين وبين الصفقة التى أبرم العقد من أجل توريدها.

أما المكسب الذى يجنيه من بيع السلعة بالسعر الجديد نتيجة لارتفاعه فانه يكون له هو ولا شأن للدائن به. (٥٧٢)

وكذلك الحال لو تعاقد الفرد مع الحكومة فاذا كان له أن يتمسك قبالتها

---

٥٧١ ــ نقض مدنى : ١٩٦٣/١٢/٧ ــ مجموعة أحكام النقض (١٢) رقم ١٢٥ ص٧٥٢ .

٥٧٢ ــ د. السنهورى ــ المرجع السابق ص ٨٧٨ .

بحكم المادة (٢/١٤٧) مدنى فان للحكومة أيضا نفس الحق اذا كانت الصفقة التى عقدتها تتهددها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة فى ذاتها ولا يمكن الرد على ذلك بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة نظرا لملاءتها النقدية والتى تتجلى فى ميزانيتها الضخمة لأن المعيار كما سبق القول موضوعى ولا فرق عند تطبيقه بين شخص طبيعى وآخر معنوى ٠

ثانيا : ابرام عقد تأمين على الصفقة محل التعاقد : ـ

يثور التساؤل عما اذا كان المدين قد بادر وأبرم عقد تأمين على الصفقة محل التعاقد فهل يمكن القول بعدم جواز تطبيق حكم المادة (٢/١٤٧) مدنى فى شأن هذا العقد اعتدادا بأن صرف مبلغ التأمين يكفى لتفادى الارهاق الذى سببته له الظروف الطارئة ؟ ٠

لقد تعرض البعض (٥٧٣) لهذه النقطة وانتهى الى امكانية ذلك وساق أمثلة لتأكيد صحة ماذهب اليه وقد وضح أن هذا الاتجاه ـ فيما انتهى اليه ـ كان يدور مع عنصر الارهاق وجودا وعدما وهذا أمر نسلم له به من حيث المبدأ ٠

ونظن أن مادفعه الى هذا الاتجاه ما اقتبسه من أحكام القانونين التونسى والعراقى واللذين لا يجيزان تطبيق حكم الطوارئ فى حالة تغطية الارهاق أو الخسارة الطارئة بعقد تأمين ٠

ومن هذا المنطلق ذهب لتأكيد ذلك بأدلة من القضاء عضدها بتصوراته الشخصية ٠

---

٥٧٣ ـ د٠ حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص ٣٧٧ ـ ٣٨٠ ٠

فمن القضاء المصرى ماقررته محكمة النقض من : " أن منح الحكومة بعض التسهيلات لمشترى أراضيها لا يمنع من افادة المشترى من تطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدنى اذا ماثبت أن هذا التيسير لم يجد فى رد التزامه المرهق ". (٥٧٤)

ووجه الاستفادة من هذا الحكم أن قرارات مجلس الوزراء التى صدرت بشأن هذه التسهيلات اذا كانت مجدية فى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول لما أقدمت المحكمة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة ولأعرضت عن هذا التطبيق بسبب انتفاء عنصر الارهاق.

ولا شك أن هذا التبرير لا يعنى أن سبب عدم تطبيق حكم المادة (٢/١٤٧) مدنى هو تغطية الارهاق مطلقا أى كمبدأ عام بل العكس ماورد بحكم النقض تأكيدا لتطبيق هذه المادة حتى لو غطت التسهيلات الحكومية الارهاق.

وتفصيل ذلك أن الحكومة فى هذا الفرض طرف فى العقد فهى بائع وعند وقوع حوادث طارئة ستتوزع تبعة ذلك الحادث على كل من الدائن والمدين فاذا قامت الحكومة (البائع) من تلقاء نفسها باعطاء جعل لمشترى أراضيها فان ذلك يمثل حصتها فى تحمل تبعة الحادث الطارئ وتكون مهمة المحكمة هى التأكد من عدالة تلك الحصة وأنها تناسب توزيع العبء على كلا المتعاقدين والاجاز لها أن تطبق حكم المادة (٢/١٤٧) مدنى بمعرفتها وحتى فى هذه الحالة فانها ستراعى ماقامت به الحكومة من تسهيلات.

فاذا قيل وهل يمكن للدائن أن يقوم بنفسه بتسوية أموره مع مدينه على

---

٥٧٤ ـ الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق ـ مشار اليه المرجع السابق ص ٣٧٩ .

ضوء ماسبق ؟ يكون الرد بالايجاب لان المدين لا يلجأ للقضاء الا نتيجة تشدد الدائن بضرورة تنفيذ الالتزام بأوضاعه السابقة على حدوث الظرف الطارئ أما اذا تماشى مع منطق العقل وقام بتسوية أوضاع العقد بما يتفق والوضع الجديد وبترضية معقولة وافق عليها كلاهما فلا غبار على هذا الحل.

ولا يمكن الاعتراض على ذلك بالقول بأن هذا الحل يتعارض مع ماورد في عجز المادة (٢/١٤٧) من أن كل اتفاق يغل يد القاضي يكون باطلا لأن المقصود من ذلك ـ على ماسنرى ـ الاتفاقات المجحفة بالمدين والتي تستغل موقفه الضعيف في بداية التعاقد أما اذا حصل المدين على حقه وصححت أوضاع العقد على نحو مرضي فلا شك أن ذلك لايكون باطلا .

وعلى ذلك ننتهي الى عدم جواز القول بكفاية مبلغ التأمين لتغطية الارهاق الناشئ من الظرف الطارئ قياسا على ماساقه صاحب هذا الاتجاه من أن منح التسهيلات الحكومية تكفي لذلك.

وحجتنا فيما ارتأيناه الآتي : ـ

(١) أن مبلغ التأمين يصرف للمستأمن نتيجة سداده للأقساط فضلا عن تحقق الخطر الذي أبرم التأمين لأجله مما يعني أن هذا المبلغ لا يصرف الا مقابل دفع الأقساط وعادة يحدد هذا المبلغ بحد أقصى مع أن تفاقم الظروف الطارئة ليس له حد أقصى مما يشير الى عدم تغطية مبلغ التأمين للارهاق في هذه الحالة.

(٢) قد تتمثل المخاطر في حادث فردي بما لا يتسع له نص المادة (٢/١٤٧) بما يعني أن مبلغ التأمين لا يواجه حالة الظروف الطارئة.

(٣) قد لاتقع المخاطر التي أبرم التأمين لاجلها وبالتالي لايستحق المستأمن مبلغ التأمين

فضلا عن عدم جواز استرداده للأقساط٠

وبذلك ننتهى الى عدم صلاحية عقد التأمين لجبر الارهاق الناجم عن الحادث الطارئ فمن ناحية أنه عقد مستقل عن العقد الذى نال التزاماته الارهاق ومن ناحية أخرى فان الدائن يتوزع عليه جزء من هذا الارهاق فلو قلنا بكفاية مبلغ التأمين لكنا بذلك مخالفين لارادة المشرع وما تعارف عليه الفقه والقضاء وذلك من وجهين ٠

ـ الأول :ـ

أن المدين يكون بذلك قد تحمل عبء الظرف الطارئ كاملا لأن مبلغ التأمين الذى يصرف له نتيجة سداده للأقساط٠

ـ الثانى :ـ

أن الدائن يكون بذلك قد أثرى على حساب مدينه بلا سبب اذ كان الواجب أن يتحمل جزءا من عبء الارهاق ولم يحدث ذلك٠

وأخيرا يثور تساؤل على قدر كبير من الأهمية ويدور حول مدى جواز الأخذ بما يسمى بمقاصة الطوارئ ؟ ٠

لقد اقترح البعض(٥٧٥) هذا الحل بمقولة أنه يمكن بمقتضاه جبر الارهاق الناشئ عن الظرف الطارئ ٠

وتفصيل ذلك أنه قد ترتفع أسعار بعض السلع وتنخفض أسعار سلع أخرى ويكون المدين قد التزم بتوريد الصنفين وكان الارتفاع والانخفاض بنسب متساوية فاقترح أن تقوم المحكمة بعمل مقاصة بين مايكون المدين قد كسبه

---

٥٧٥ ـ المرجع السابق نفس الموضع ٠

نتيجة انخفاض السعر ومايكون قد خسره بسبب ارتفاع الأسعار وبالتالي لا نطبق حكم المادة (٢/١٤٧) بل ان في اجراء مثل هذه المقاصة تاكيد لمبدأ القوة الملزمة للعقد .

ونحن نعترض على ذلك بشدة اذ كيف يمكن القول بأن أسعار سلعة ترتفع بنسبة هي ذاتها التي انخفضت بمقدارها أسعار سلعة أخرى فالنسبة المتساوية شيء نادر وقد لايحدث.

فضلا عن ذلك فاجراء المقاصة هو أمر غريب وجديد ولم يقل به أحد اذ أنها جعلت سببا لانقضاء الالتزام فهي كما يعرفها الشراح : " انقضاء التزامين على شخصين نتيجة لكون كل واحد منهما مدينا ودائنا للآخر في نفس الوقت ". (٥٧٦)

فعلاقة المديونية هي السبب في اجراء المقاصة ولا توجد هذه العلاقة في حالة الظروف الطارئة ولن تنشأ بينهما وكل مايفعله القاضي هو اعادة التوازن الذي اختل بوقوع الظرف الطارئ دون أن يغير من وصف كل متعاقد بل يعيد لأوضاع العقد المهتزة سيرتها الأولى .

ثم ان صاحب هذا الاتجاه أقر بأن هذه المقاصة لا تنبع من تطبيق المادة (٢/١٤٧) ولم يقل سنده في هذا الحل وكل ما انتهى اليه هو أنه عاد الى نص هذه المادة بتسمية اياها مقاصة الطوارئ بما يوحي بأنها متفرعة كحكم من أحكام تلك النظرية .

أضف الى كل ذلك أنه على فرض وقوع الانخفاض في سعر سلعة والارتفاع

---

٥٧٦ ـ د. محمد لبيب شنب ـ دروس في نظرية الالتزام ـ الاثبات والأحكام ص ٤٣٥ .

فى سعر أخرى فانه يجب على القاضى أن يتناول أمر كل سلعة على حدة لأن استخدامات وأهمية كل سلعة تختلف عن الأخرى ثم ان هناك من السلع مايستعمل على مدى أطول من سلع أخرى وهكذا مما يحدث نوعا من التفاوت بين قيم السلع وبالتالى يجب أن يتفاوت الحل بالنسبة لكل منها.

وأخيرا يجب النظر الى كل صفقه على حدة وتقيم أداءات العقد الخاص بها على استقلال وبطريقة موضوعية.

ثالثا : <u>تنفيذ المدين لالتزامه رغم وجود الارهاق</u> : —

لتحديد زمن الارهاق أهمية كبرى اذ على ضوء ذلك يمكن القول ببداية أحكام الطوارئ فى التحرك من سكونها أو عدم ذلك.

وتثور هذه المسألة بصدد حالة قيام المدين بتنفيذ التزامه رغم ما ألم به من ارهاق وهنا نتساءل هل يجوز له أن يمسك عن التنفيذ تعللا بما أصابه من ارهاق؟ أم لا ؟ .

بداية يكاد ينعقد الاجماع على عدم النظر الى الارهاق الذى يحدث فى الفترة السابقة على ابرام العقد اذ لكل من المتعاقدين أن يواجهها ذلك بوسائلهما الخاصة وكذلك الاتفاق تام على أنه لا سبيل الى القول بالارهاق بعد تمام تنفيذ العقد . الا أن القول الأخير يحتاج الى اجراء عملية ضبط له حتى لاتتخذ ذريعة للقول بمالم يرد فى ذهن أحد . لأن عدم الاعتراف بالارهاق الذى يحدث بعد تمام التنفيذ يعنى أن تنفيذ الالتزام كان فى ظروف عادية وتم بلا ارهاق للمدين فاذا قام بعد تمام التنفيذ بمحاولة تطبيق حكم المادة (١٤٧ / ٢) على التزامه الذى نفذ بمقوله حدوث ظروف طارئة من شأنها أن تسبب له ارهاقا فان ذلك القول يكون من باب سوء النية والاستجداء المرفوض فضلا عن أنه تحايل غير مستحب.

أما القول بأن المدين الذى ينفذ التزامه المرهق لا تسمع دعواه فان فيه مصادرة لأكثر من مبدأ من تلك المبادئ التى يشجع المشرع والقضاء والفقه على ضرورة التحلى والتمسك بها وأولها مبدأ حسن النية فى التعامل وكذلك العقد شريعة المتعاقدين وما يتفرع عنه من مبدأ لزوم العقد ٠

وتفصيل ذلك أن المدين لو بادر الى تنفيذ التزامه المرهق وسط الظروف المضنية فان ذلك يكون اقتداءا حرفيا بمبدأ وجوب تنفيذ الالتزام بحسن نيه (م١٤٨ مدنى) ٠ خاصة وأن الدائن قد يكون فى حالة من العجلة والتلهف لتنفيذ الالتزام كتوريد أدوية لمستشفى تعالج حالات خطيرة لاتحتمل التأخير أو توريد مواد غذائية لمستشفى أو فندق أو نقل بضاعة لعرضها فى معرض دولى ولم يبق من الزمن متسع لاستبدال الناقل بآخر أو لمفاوضة الأخير للشاحن لتسوية الأوضاع على ضوء الظروف الطارئة وهكذا فهل لو قام المدين بالمبادرة الى تنفيذ التزامه حتى يجنب الدائن مخاطر جمة تكون مكافأته هو حرمانه من الاحتكام الى حكم الطوارئ ؟ هذا مالم يقل به أحد لأن فيه تعطيل لمبدأ حسن النية ٠

وربما يتساءل البعض كيف نفذ التزامه برغم مايتهدده من خسارة فادحة ؟ ويكون الرد على ذلك سريعا وهو أن المدين أسعفته موارده وحالة الثراء التى هو عليها ولا غضاضة فى ذلك اذ أن الارهاق كما سبق أوضحنا ينظر له من خلال ذات الصفقة بصرف النظر عن موارد المدين وثرائه ٠

ولذلك لم يكن مستحبا من محكمة استئناف مصر أن تقرر أنه : " اذا قام المدين بتنفيذ التزامه المرهق فعلا فليس له بعد ذلك أن يتمسك بحكم هذه النظرية لأنه رضى بالوفاء على تلك الحالة مهما صادفه من أعباء ٠ (٥٧٧)

---

٥٧٧ ــ استئناف مصر فى ١٩٥٧/٢/٨ ــ المحاماة ٣٩ ــ ٧٣٦ ــ ٢٩٣ ٠

فكأن المحكمة بذلك توقع المدين فى حبائل حسن نيته مع أنه لم يفعل اكثر من اقتفاء أثر ما أوجبه المشرع ثم كيف تستشف المحكمة من مسلك المدين أنه رضاء ضمنى بالتنفيذ على هذا الحال مع أن الرضاء فى مثل هذه الظروف لا يفترض.

يضاف لذلك أن حكم المحكمة كاشف فلو تبين لها أن المدين يطلب انزال حكم المادة (٢/١٤٧) على التزامه فيجب عليها أن تتبين أمرا واحدا وهو هل قام الارهاق حيال هذا الالتزام أم لا ؟ فان بان لها ذلك فعليها الاستجابة لطلبه بصرف النظر عما اذا كان قد نفذ التزامه من عدمه.

وربما استشعرت المحكمه قسوة ماقضت به فأرادت أن تخفف من وطئه بإردافها فى نهاية الحكم ما يؤدى الى ذلك بقولها : "٠٠٠٠ الا اذا كان المدين قد اضطر الى التنفيذ كى يدرأ عن نفسه مسئوليات جسام وقرن ذلك بالاحتفاظ بحقه فى تعديل التزاماته ".

وهذا الكلام مقبول فى شطره الأول مرفوض فى الثانى . أما وجه الرفض فلأن المحكمة اشترطت على المدين أن يحتفظ لنفسه بالحق فى تعديل الالتزام ويكون ذلك عادة بابلاغ الدائن بهذه الرغبة وهذا تشدد من المحكمة لا مبرر له لأنها قد اعترفت بحق المدين فى تطبيق حكم المادة (٢/١٤٧) ولا نستطيع القول بأن قبول هذا الطلب بعد أن كان ممنوعا عنه سببه هو اشتراطه الحق فى طلب تعديل الالتزام لأن هذا الاشتراط لا يصحح خطأ ولا ينشئ حقا لا يعترف القانون به اذ لا يعدو أن يكون من بين الضمانات التى يشترطها المتعاقدان والتى يجب ألا تخالف نصا فى القانون.

ومعنى اعتراف المحكمة بصحة مثل هذا الاشتراط بل وانتاجه لأثره أنه

قد صادف صحيح القانون ولا يكون ذلك الا لأن المدين من حقه الاحتكام لنص المادة (٢/١٤٧) بعد تنفيذه لالتزامه بما ينبيء الى استساغة هذا الطلب دون حاجة لاشتراطه وبذلك تكون المحكمة قد تزيدت بما يشق على المدين خاصة وأنه قد تنكب طريق حسن النية وما فيه من امتثال للمبادىء العامة التى قررها المشرع ٠

وتذكرنا تلك الحالة بما ورد فى الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) مدنى والتى جرى حكمها على الآتى : ــ " ٢ ــ فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حال الإستعجال " ٠ فما بالنا لو قدر المدين من ذاته حالة الاستعجال هذه وكان عند حسن ظن دائنه وبادر الى التنفيذ على أن يلجأ الى القضاء فيما بعد للتخفيف مما أصاب التزامه من ارهاق ٠ لاشك أن مثل هذا المدين أولى بالرعاية من غيره ٠

رابعا : نشوء الارهاق بعد رفع الدعوى : ــ

يثور التساؤل حول نشوء الارهاق بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم فيها أو بعد صدوره وقبل تنفيذ الحكم ٠ ومدى أحقية المدين من خلال تلك الظروف فى الاحتكام لنص المادة (٢/١٤٧) مدنى ٠

لقد قرر البعض [٥٧٨] احقية المدين فى الحالين للاحتكام لنص المادة (٢/١٤٧) مدنى اذ فى الحالة الأولى (نشوء الارهاق وقت نظر الدعوى) يستطيع طلب رفع الارهاق بالتقدم بطلب عارض أما فى الثانية (نشوء الارهاق حال التنفيذ) فانه يستطيع أن يلجأ الى القضاء طلبا

٥٧٨ ــ د٠ حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص٠ ٣٨٠ ومابعدها ٠

لتطبيق نص المادة (٢/١٤٧) مدنى ·

ولنا على هذا الاتجاه عدة تحفظات وقبل أن نبديها نقرر أن ظهور مسألة الدعوى على بساط البحث يثير لنا كثيرا من التساؤلات الهامة لأن الفرض هو قيام المدين بتنفيذ التزامه طواعية فان لم يفعل ذلك نعتت مسلكه بالاهمال وعدم الحرص مما يضطر الدائن الى رفع دعوى عليه لاجباره على التنفيذ ·

وعلى ذلك نفرق بالنسبة للحالة الأولى وهى طروء الارهاق قبل الفصل فى الدعوى بين فرضين : —

— الأول : —

اذا كان المدين قد قام برفع الدعوى لادعاء أن ارهاقا سيناله اذا نفذ التزامه وكانت الظروف الطارئة قائمة ولكن قدرت المحكمة أن ماناله من ارهاق لايهدد بخسارة فادحة لأنه مازال فى حدود الارهاق المألوف فيكون مركز المدين فى الدعوى حتى هذه اللحظة ضعيفا الا أنه اذا تفاقمت الظروف أثناء سير الدعوى بما جعل للارهاق ثقله فى أن يهدده بخسارة فادحة فاننا نرى عدم أحقيته فى تطبيق حكم المادة (٢/١٤٧) لأنه كان بامكانه التنفيذ فى ظل ظروف كانت مواتية ولكنه بلجوئه للقضاء رغم ذلك فانه يعد مسوفا ومماطلا بلا مبرر معقول وفى هذه الحالة لايعول على ظنه لأن المعيار فى هذه الحالة كما سبق القول موضوعى ·

— الثانى : —

اذا كان الدائن هو الذى لجأ الى القضاء طالبا اجبار المدين على تنفيذ التزامه وأثناء نظر الدعوى جدت ظروف جعلت تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا يهدده بخسارة فادحة ففى هذه الحالة لايحق للمدين التمسك بنص

المادة (٢/١٤٧) كذلك لأن ماحدث لايعد ظرفا طارئا فى حقه لافتقاده وصف عدم القدرة على الدفع لأن المدين لو وفى بالتزامه فى حينه لأمكنه بذلك تجنب ماحدث٠

أما بالنسبة للحالة الثانية وهى طروء الارهاق بعد صدور الحكم وقبل تنفيذه فلا يمكن للمدين فى هذه الحالة الاستفادة من حكم الطوارئ لأن مثل هذا المدين الذى يبلغ عناده بأن يصل بدائنه حتى مرحلة التنفيذ دون أن يرتدع لمجرد رفع الدعوى والسير فيها الى النهاية يعد مدينا مهملا وسيء النية ولايصح أن يؤخذ بيده خاصة وقد كان بامكانه تنفيذ التزامه بطريقه عادية مما كان سيمكنه من تفادى أثر الظرف الطارئ ودفعه٠

ولذلك جرى نص الفقرة الأولى من المادة (٣٤٦) من القانون المدنى على أنه : " ١ - يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك "٠

وقد علقت مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى على ذلك بقولها : " الأصل فى الالتزام أن يستحق أداؤه بمجرد ترتبه مالم يكن مضافا لأجل اتفاقى أو قانونى أو قضائى وقد يتكفل نص القانون أحيانا بتعيين ميعاد الاستحقاق (كما هو الشأن فى الأجرة) ". (٥٧٩)

٥٧٩ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٣ ص٢٢٥ ٠

البند الثانى

موقف كل من القانون البولندى والايطالى من الارهاق

أولا : موقف القانون البولندى : ــ

تنص المادة (٢٦٩) من تقنين الالتزامات البولندى على أنه : " اذا جدت حوادث استثنائية .... فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت ابرام العقد ..... " .

يبين من استعراض النص سالف الذكر أنه قد اشتمل على مدلولين للارهاق أحدهما يتمثل فى الصعوبات الشديدة التى تلم بتنفيذ الالتزام والآخر يتمثل فى الخسارة الفادحة وهنا يثور الشك حول هذا التعداد الوارد فى النص وهل قصد منه الاشارة الى نوعين من الارهاق يفترقان فى الحكم أم أنه نوع واحد قد يوصف مرة بأنه صعوبة شديدة ومرة بأنه يهدد بخسارة فادحة ؟ .

هذا ماذهب اليه البعض فعلا اذ يرى أن الخسارة الفادحة ماهى الا نتيجة لصعوبة التنفيذ والنتيجة دائما اقتصادية أو مالية لأن صعوبة التنفيذ تنتج عنها دائما خسارة . (٥٨٠)

الا أن البعض قد اعترض على ذلك واتجه الى أن التعداد الذى أورده المشرع البولندى مقصود لذاته فتحمل عبارة الصعوبات الشديدة على أن المقصود بها الحاق الحالة بنظرية القوة القاهرة على حين تلحق عبارة الخسارة الفادحة بحكم الظروف الطارئة . (٥٨١)

---

٥٨٠ ــ د . محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ص٥٥٦ هامش (٤) .

٥٨١ ــ د . حسبو الفزارى ــ المرجع السابق ص ٣٦٣ .

ولا شك أن الرأى الأخير أرجح خاصة وأن المشرع البولندى قد عبر فى النص المتقدم بتعبيرين متغايرين وليسا مترادفين مما يؤكد ما ذهب اليه الرأى الثانى .

وبذلك يفترق القانون البولندى عن قرينه المصرى اذ ميز الأخير صراحة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة على حين أغفل الأول ذلك اللهم الا العبارات الواردة بنص المادة (٢٦٩) وهى على ماهى عليه غامضة تثير الشك حولها .

ثانيا : موقف القانون الايطالى : ـ

تنص المادة (١٤٦٧) من التقنين المدنى الايطالى على مايأتى: " فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد ... " .

ويتضح من هذا النص أن القانون المدنى الايطالى قد جعل من الارهاق محكا لتطبيق أحكام النظرية وبرغم أن النص السابق لم يشر الى أثر الارهاق وهو كونه مهددا بخسارة فادحة الا أن الفقه الايطالى مجمع على اشتراط ذلك بما يجعله متفقا فى هذه النقطة مع اتجاه المشرع المصرى (٥٨٢)

---

٥٨٢ ـ على سبيل المثال : موسكو ـ الآثار القانونية لانخفاض النقود ص ١٠٧ رقم (٤٠) وكذلك المعاوضة والتبرع فى التصرفات القانونية ١٩٤٢ ص ٢٤١ ومابعدها ، بوزيللى ـ الارهاق الفادح جـ ٦ ص ٣٣٥ رقم ١٢ ـ مسينيو النظرية العامة فى العقد ص ٥٠٢ ـ جامبنيو ـ الارهاق الفادح ومجاوزة الاحتمال العادى للعقد مجلة القانون التجارى ١٩٦٠ ص ٤١٦ ومابعدها ـ مشار الى كل ذلك فى: د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق ص ٥٨٠ هامش (١) .

ويقدر الارهاق وفقا لمعيار موضوعى لا شخصى بحيث ينظر الى الأداء فى ذاته من حيث كونه مرهقا ليس للمدين فحسب بل لكل أولئك الذين يكونون مدينين بتنفيذ ذلك الأداء .

وعلى ذلك جرى القضاء الايطالى فقد قضت محكمة نابولى فى ١٩٤٧/٢/١٧ بأن : " الارهاق الفادح يجب مع ذلك أن يؤثر موضوعيا فى العقد فلا يعتبر من قبيل الارهاق الفادح سوء مركز أحد الطرفين الناشىء من ظروف شخصية بحتة " . (٥٨٣)

وكذلك قضت محكمة استئناف تورينو فى ١٩٤٧/٤/٢٢ بأن " المادة ١٤٦٧ تقتضى تقديرا موضوعيا للتوازن بين الأداء ومقابل الأداء بصرف النظر عن قدرة المدين الاقتصادية " . (٥٨٤)

وتأكيدا لاتجاه القضاء الايطالى بتبنى المعيار الموضوعى فقد ذكر أحد الفقهاء الايطاليين بأن : " الارهاق يتحقق ليس فحسب عندما يتعين على المدين بالأداء أن يحصل على محله من السوق أو أن ينتجه بنفقة انتاج مرتفعه بل يتحقق الارهاق كذلك عندما يكون الشىء محل الأداء موجودا عند المدين ولكنه لن يحصل على مقابل مناسب أو انه سيقع عليه عبء نفقة انتاج مرتفعة وبعبارة أخرى يتحقق الارهاق ليس عندما يترتب عليه أن تتحمل ذمة المدين عبئا ماليا بحسب المآل " . (٥٨٥)

---

٥٨٣ ــ مشار اليه ــ المرجع السابق ص٥٨١ هامش (١) .
٥٨٤ ــ المرجع السابق نفس الموضع .
٥٨٥ ــ مسينيو ــ النظرية العامة للعقد ص٥٠٥ مشار اليه المرجع السابق ص٥٨٢ هامش (١) .

وبذلك يمكن القول بأن تقدير الارهاق في التقنين المدنى الايطالـــى يتفق مع التقنين المدنى المصرى فى اشتراط كون الارهاق مهددا بخسارة فادحة ويقدر ذلك وفقا لمعيار موضوعى وذلك رغم عدم تطابق النصين فـــى تلك الجزئية ·

البند الثالث

الارهاق الناشئ من ظروف غير اقتصادية

يثور التساؤل : هل يمكن أن تحدث ظروف توصف بأنها غير اقتصادية وتؤثر على تنفيذ الالتزام التعاقدى بطريقة يعتد بها وترتب أثرا على هذا التنفيذ ؟ .

هذا ما اتجه اليه البعض بالفعل (٥٨٦) مستعرضا فى ذلك ما أخذ به كل من القانونين الانجليزى والأمريكى فى هذا الصدد .

وتدور فكرة الظروف الطارئة غير الاقتصادية حول التأثير على قدرة الانسان الجسمانية فى الوفاء بالالتزام وبذلك ينحصر الأثر فى بذل مجهود عضلى أو عصبى أو ذهنى اكبر من المعتاد أو تعريض النفس أو البدن لخطر وشيك الوقوع .

ففى نطاق القانون الانجليزى هناك بعض الأمثلة على الاعتداد بهذا النوع من الظروف من ذلك : ـ

(١) قضت محكمة المنازعات المالية منذ سنة ١٨٧١ بانهاء عقد نتيجة لعجز أحد المتعاقدين بسبب المرض عن أداء التزامه المنصوص عليه فيه . (٥٨٧)

(٢) القرار الذى أصدرته اللجنة القضائية للمجلس المخصوص فى بريطانيا

---

٥٨٦ ـ د . حسبو الفزارى ـ المرجع السابق ص ٣٨٣ ومابعدها .

٥٨٧ ـ robinson.v. davison (1871) the law reports - vol.6 exchequer - cases. P. 269 .
مشار اليه ـ المرجع السابق ص ٣٨٤ هامش (١) .

فى قضية البنك العثمانى ضد تشاكيريان اذ أن المخاوف التى كانت تساور الأخير من الاعتقال على أيدى أنصار آتاتورك كانت تقوم عذرا فى جانبه يعفيه من التزاماته العقدية . (٥٨٨)

ولقد سارت المحاكم الأمريكية على هذا النهج ومن بين ماقررته الآتى : ـــ

(١) أن العامل الأجير يعذر اذا تنصل من واجب الخدمة أو العمل بسبب انتشار وباء الكوليرا . (٥٨٩)

(٢) أعفت المحكمة متعاقدا من تنفيذ التزامه باقامة معرض للطفل بسبب انتشار وباء شلل الأطفال الا ان اثنين من القضاة الذين اصدروا هذا الحكم أدليا برأى مخالف يقضى بأن خطر الوباء لاينهى العقد من تلقاء نفسه وان كان صدور أمر من مجلس الصحة بمنع اقامة هذا المعرض قد ينهى العقد . (٥٩٠)

ويلاحظ على هذه الأحكام التى تعرضنا لها أنها مزيج من القوة القاهرة والحوادث أو الأعذار الفردية .

---

٥٨٨ ــ the otto man bank v. chafarian (1930) the law reports appoeal. cases. the privy council P; 277.

ــ المرجع السابق نفس الموضع هامش(٥) .

٥٨٩ ــ -lakeman-v. pollard.43. me.463.(1857) soe. arthur linton corlin, corbin on contractrs, vol.6.op cit N.1336.P.385 note (28).

ــ المرجع السابق ص٣٨٥ هامش(١) .

٥٩٠ ــ -hanford-v. connecticut fair association, 103 A.838.92 conn-621.(1918) see. corbin P.386. note (32).

ــ المرجع السابق نفس الموضع هامش(٢) .

ففى موقف محكمة المنازعات المالية الانجليزية التى أعفت المتعاقد من التزامه لعجزه بسبب المرض لا شك أن السبب فى ذلك استحالة تنفيذ الالتزام لقوة قاهرة كمن يتعاقد لرسم لوحة فنية ثم تبتر يديه .

وفى القضية الثانية الخاصة باللجنة القضائية للمجلس المخصوص فى بريطانيا فانه يمكن اعتبارها من قبيل الأعذار التى تجيز فسخ الاجارة فى الشريعة الاسلامية وهذا مالا يتسع له نطاق نظرية الظروف الطارئة فى القانون المصرى التى تفترض لاعمال حكمها قيام عقد بين المدين ودائنه وكذلك الوضع فى القضاء الأمريكى .

ولا شك أن استعراض هذه الأمثلة يعطى انطباعا عن مدى مرونة القضاء الأنجلو أمريكى وتحلله من القيود التشريعية ونزوله الى ميدان الواقع ومحاكاته فكانت معظم قراراته متحررة سريعة التأثر بالمتغيرات ولا تحتاج لوقت طويل لتعديل النصوص التشريعية وما الى ذلك ويمكن وصف هذا الوضع بأنه نموذج للقضاء السريع بل لانبالغ اذا قلنا وكأن هذا القضاء اطلع على مبادئ الشريعة الاسلامية كما سنرى وتبناها .

المبحث الثانى
نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة
فى الشريعة الاسلامية

سبق لنا بيان أن نطاق النظريه فى اطار القانون الوضعى يتحدد بالالتزام التعاقدى والظرف الطارئ وها نحن اذ نتعرض لذات النقطة من زاوية الشريعة الاسلامية نقرر أن عدم التطابق التام بين النطاقين هو السمة الغالبة اللهم الا فى مظاهر قليلة سننوه لها عند تناول الموضوع تفصيلا .

ويرجع عدم التطابق هذا الى أن فقهاء الشريعة الاسلاميه لم يعالجوا مشاكل المعاملات من خلال نظريات عامة كتلك التى تذخر بها مؤلفات القانون الوضعى ولكن كانوا يعالجون تلك المشاكل من خلال فتاويهم واجتهاداتهم نتيجة فهمهم للكتاب والسنة وما أجمع عليه السلف الصالح .

فالمستقرئ لكتب الفقه الاسلامى لا يلمح قوالب شكلية تحوى فى ثناياها نظريات عامه وانما يتلمس حلولا عمليه للمشاكل التى تعرض بالاضافة الى مسائل الفقه الافتراضى .

ومن منطلق الفكرة السابقه نستطيع القول أننا سنعالج نطاق النظرية على هدى من القالب الشكلى فى القانون الوضعى .

ويجب التنبية الى نقطه هامه وهى أن نطاق نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الاسلامى يتشكل من أنسجه مختلفه على عكس الحال فى القانون الوضعى اذ يتشكل من نسيج واحد تحده ضوابط عامه لا تختلف باختلاف الظرف الطارئ .

فمثلا اذا تمثل الظرف الطارئ فى فيضان جارف أو وباء مميت فان

الضوابط أو أوصاف الظرف لا تختلف٠

فى حين نجد أن للعذر فى عقد الايجار أحكاما تختلف عن تلك المعمول بها فى نظرية الجوائح وكذلك تلك المعمول بها فى حالة تقلب قيمة النقود٠(٥٩١)

كذلك ننوه أن الظرف الطارئ كما سبق الكلام له أحوال ثلاثه ففى عقد الايجار يتمثل الظرف الطارئ فى العذر وفى بيع الثمار يتمثل فى الجائحه وفى حالة الالتزام بدفع مبلغ نقدى يتمثل فى حالة تقلب قيمة النقود٠

وعلى ذلك يشمل الاطار الشكلى لنطاق النظرية الكلام فى نقطتين نتولى الكلام عنهما تباعا فى مطلبين : ــ

ــ المطلب الأول : الالتزام التعاقدى٠
ــ المطلب الثانى : الظرف الطارئ٠

ثم نتبع هذين المطلبين بمطلب ثالث نتناول فيه تطبيقات العذر لدى المذاهب المختلفة٠

---

٥٩١ ــ أنظر فى أحكام العذر والجوائح وتقلب قيمة النقود: بدائع الصنائع للكاسانى الجزء الرابع ص١٩٩ ، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك جـ٢ ص٥٢٣ وجـ٣ ص١٥٣ ، حاشية قليوبى وعميره جـ٢ ص٢٣٣ ، جـ٣ ص٨٤ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص١٤٤ ، الاشباه والنظائر للسيوطى ص٣١٣ ، ٣١٤ والرسالة الثانية لابن عابدين المسماه (تنبيه الرقود على مسائل النقود) ٠

المطلب الأول
الالتزام التعاقدى

عند تحليلنا للالتزام التعاقدى فى اطار القانون الوضعى عالجنا أمورا كثيره الا أن الأمر جد مختلف اذا تناولنا ذات النقطه من زاوية الشريعة الاسلامية ، حقيقة سنجد أمورا يجب الكلام عنها وسبق تناولها ضمن الكلام فى القانون الوضعى وأمورا لانجد لها مجالا .

وتفصيل ذلك أننا نسلم أن شرط التراخى يجب الكلام عليه فى مقامنا هذا وكذلك كون العقد ملزم لجانب واحد او لجانبين لكننا لا نرى مناسبة لتناول العقود الاحتماليه كعقد التأمين لأن الشريعة الاسلامية لاتعترف بهذا العقد لأنه من عقود الغرر وهذا النوع منهى عنه كذلك الامر بالنسبه للعقد القابل للابطال لأن العقد فى الشريعة الاسلاميه اما صحيح أوباطل.

وعلى ذلك يمكن القول بأن الكلام عن الالتزام التعاقدى يدور حول التراخى كصفة فى العقد وحول العقد الملزم لجانب واحد والذى يثير فكرة تقابل الأداءات.

ونتولى الكلام عن هاتين النقطتين فى فرعين مستقلين .

الفرع الأول

مدى اشتراط التراخى صفة فى العقد

تحدثنا منذ لحظة عن أن الظرف الطارئ قد يتمثل فى العذر الذى يطرأ بصدد عقد الايجار أو الجائحه التى تطرأ فى بيع الثمار ـ فما مدى اشتراط التراخى صفة فى العقد حتى يمكن تطبيق أحكام الظروف الطارئة؟ .

بداية يمكن القول بأنه يبين من استقراء كتب الفقه الاسلامى فى أحكام الجوائح أنهم يشترطون فى عقد بيع الثمار أن يكون متراخيا لأن طبيعة وضع الجائحه تستلزم ذلك.

فلقد ورد فى كتب الفقه : " يجوز بيع ماله صلاح فى الثمره والحب اذا اشتد مطلقا أو بشرط التبقية وللمشترى تبقيتة الى الحصاد والجذاذ أى حصاد الزرع وجذاذ الثمر ويلزم البائع سقيه " . (٥٩٢)

وكذلك : " كل ماالشترى من النخل والعنب بعدما ييس ويصير زبيبا أو تمرا أو يستجد ويمكن قطافه فليس فيه جائحة وما بيع من الحب من القمح والشعير والفول والعدس والقنطية كلها والسمسم وحب الفجل للزيت وما أشبه فليس فيه جائحة لأنه انما بيع بعدما ييس " . (٥٩٣)

ومن جماع النصين السابقين يتضح لنا أن التراخى شرط جوهرى لامكان وضع الجوائح بدليل أن الامام مالك يرى عدم وضع الجوائح لما يباع بعد تمام نضجه لأنه من وقت تمام العقد فالثمار الناضجة على ذمة المشترى فيتحمل تبعة هلاكها .

---

٥٩٢ ـ الروضى المربع بشرح زاد المستقنع طبعة ثالثة سنة ١٣٥٢ هـ.

٥٩٣ ـ المدونه الكبرى للامام مالك جـ ١٢ ص ٣٣ .

وبعبارة أخرى يمكن القول أن عقد البيع الذى توضح فيه الجائحة هو ذلك الذى يبرم وتمر فترة مابين ابرامه وبين قطف الثمار بعد تمام نضجها تحدث فيها الجائحه . (٥٩٤)

ولكن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لنظرية العذر فى عقد الايجار فهذا العقد يرد على المنافع وهى تحدث ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة . (٥٩٥) ومعنى ذلك أن التراخى من طبيعة هذا العقد فالعيب الذى يوجد فى العين المؤجره كأنه حادث قبل القبض بالنسبة لما بقى من المنفعة مما يعطى للمستأجر الخيار بين الابقاء على العقد وبين فسخه وأشبه ذلك حدوث العيب بالمبيع قبل القبض. (٥٩٦)

ومعنى ماتقدم أن الايجار عقد لازم لايفسخ الا بالعذر الا أن هناك من الفقهاء كشريح من يرى أنه عقد غير لازم بمعنى أنه يفسخ بالعذر وغيره لان الاجارة عنده ماهى الا اباحة المنفعة كالاعارة . (٥٩٧)

واذا كان عنصر التراخى يبرز كأحد سمات عقد الاجارة الا أننا لانستطيع الادعاء بأن هذا العنصر شرط لتطبيق نظرية العذر وحجتنا فى ذلك ما أورده الكاسانى فى بدائعه بقوله : " .... لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر " . (٥٩٨)

ولم يقل الكاسانى هذا الكلام من عندياته وانما تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " . وذلك الحديث الذى يعد مبدأ عاما لرفع

---

٥٩٤ ــ بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ فصل٤ ص١٥٧ . ٥٩٥ ــ تكملة فتح القدير جـ٩ ص٦٠ .
٥٩٦ ــ تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص١٤٣ .
٥٩٧ ــ البدائع للكاسانى جـ٤ ص٢٠١ ، المبسوط للسرخسى جـ١٥ ص٧٩ .
٥٩٨ ــ البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٧ .

الضرر أيا كان موقعه وسببه ومن هنا اهتمت الشريعة الاسلامية وفقهاؤها برفع الضرر عن المتعاقد وتلمس المبررات لذلك باعتباره هدفا لهم تحض عليه مبادئ الشريعة الغراء وفى سبيل تحقيقه لم يفرقوا بين ما اذا كان العذر حادثا قبل التعاقد أو أثناءه أو بعده فالعذر فى حد ذاته موجب للخيار والأمر بعد ذلك بيد المتعاقد الذى قام العذر فى جانبة. (٥٩٩)

فمثلا قد يكون العذر سابقا على العقد كمن يؤجر نفسه لعمل وضيع كأن يعمل حجاما أو تعمل ظئرا ثم يأنف من هذا العمل لأنه لم يمارسه قبل ذلك ويخشى أن يعير به فله الخيار لأن خشية المعايره عذر وواضح أن هذا العذر سابق على التعاقد. (٦٠٠)

وقد يحدث العذر قبل البدء فى تنفيذ العقد كما اذا استأجر الامام ذميا للجهاد ولكنه تصالح مع أعدائه قبل المسير والخروج للجهاد. (٦٠١)

والأمر الطبيعى أن يحدث العذر بعد تنفيذ العقد كمن يستاجر حانوتا ثم يصدر أمر من السلطان بغلق الحوانيت بما فيها ذلك الحانوت المستأجر. (٦٠٢)

من استعراض الأمثلة السابقة يتضح لنا عدم اشتراط التراخى صفة فى عقد الايجار حتى تطبق عليه أحكام نظرية العذر.

---

٥٩٩ ـ الدر المنتقى على هامش مجمع الأنهر لمحمد بن علاء الدين الامام ص٣٩٨ ، عبد الرحمن الجزيرى الفقه على المذاهب الأربعة جـ٢ ص ٢٠٨ ، موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامى جـ٢ ص٢٥٣ .

٦٠٠ ـ الكاسانى جـ٤ ص١٩٨ .

٦٠١ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ٥ ص٣١٢ .

٦٠٢ ـ بلغه السالك جـ٣ ص١٥٤ .

الفرع الثانى

مدى تطبيق أحكام النظرية على العقد الملزم لجانب واحد

لا شك أن العقد الملزم للجانبين هو المجال الخصب والأساسى لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة كعقدى الايجار والبيع وهى العقود التى يشترط فيها سلامة كل من البدلين لأن كل طرف فى العقد يعول على البدل المقابل ولذا يجب أن يكون سليما وفى ذلك يقول الزيلعى بأن : ـ " العقد يقتضى سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاء المتعاقد ". (٦٠٣)

الا أن التساؤل يثور حول مدى امكانية تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقد الملزم لجانب واحد ؟ .

لقد عرفت الشريعة الاسلامية العقد الملزم لجانب واحد ومن أبرز أمثلة هذا النوع الهبة والعارية .

وللاجابة على التساؤل السابق ينبغى أن نعرض لكل من العقدين لنرى مدى امكانية اتساع أحكام النظرية لتشملهما .

وعلى ذلك نقسم هذا الفرع الى بندين نعالج فى الأول عقد الهبة وفى الثانى عقد العارية على النحو التالى : ـ

البند الأول : عقد الهبة .

البند الثانى : عقد العارية .

---

٦٠٣ ـ تبين الحقائق للزيلعى المرجع السابق جـ٥ ص١٤٣ .

البند الأول

عقد الهبة

– تعريف الهبة : –

وردت تعريفات كثيرة للهبة تدور كلها حول أن الهبة تمليك فى الحياة من غير عوض.

فقد عرفها فقهاء المالكية بأنها : " تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض ". (٦٠٤)

وعرفها فقهاء الأحناف بأنها : " تمليك العين من غير عوض وحكمها ثبوت الملك للموهوب له فى المال الموهوب من غير عوض ". (٦٠٥)

وواضح من التعريفين السابقين أن الهبة من طائفة العقود الملزمة لجانب واحد فهى تلزم الواهب بأن يخرج من ذمته المال الذى قصد أن يعطيه للموهوب له دون أن ينتظر من الأخير أداءا مقابلا أو عوضا عن المال الموهوب.

– أركان الهبة : –

للهبة أركان أربعة وهى : –(٦٠٦)

(١) الواهب ويشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع.

(٢) المال الموهوب ويشترط فيه – حتى تصح الهبة – أن يكون مملوكا للواهب.

(٣) الموهوب له ويشترط فيه أن يكون أهلا لأن يملك ماوهب له.

---

٦٠٤ – بلغة السالك جـ٣ ص٢٢٣ .
٦٠٥ – البدائع للكاسانى جـ٦ ص١٢٧ .
٦٠٦ – بلغة السالك جـ٣ ص٢٢٤ .

(٤) الصيغة والتى بها تنعقد الهبة .

والذى يهمنا من عقد الهبة هو مدى جواز رجوع الواهب فى هبته خاصة اذا عرض له ظرف طارئ حمله من أمره عسرا بحيث يكون والحال كذلك فى مسيس الحاجة الى أمواله التى وهبها .

أثارت هذه المسألة الخلاف بين الأحناف والشافعية مما يقتضى استعراض وجهة نظر كل فريق ثم نبين رأينا فى المسألة .

— الفريق الأول : —

يرى الأحناف أن ملك الهبة هو ملك غير لازم فى الأصل ولذا يجوز للواهب أن يرجع فى هبته . (٦٠٧)

ويحتج الأحناف بالآتى : — (٦٠٨)

(١) قوله تعالى : " واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها " . (٦٠٩)

ووجه الدلالة من الآية — فى رأى الأحناف — أنه اذا كان المراد من التحية أنها تستعمل فى معانى السلام والثناء والهدية بالمال فان المعنى الأخير هو المراد من الآيه لأن الرد انما يتحقق فى الأعيان لا فى الأعراض لأنه عبارة عن اعادة الشئ .

(٢) عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الواهب أحق بهبته مالم يثب منها " . أى يعوض .

---

٦٠٧ — البدائع للكاسانى جـ٦ ص١٢٧ .
٦٠٨ — البدائع — المرجع السابق ص١٢٨ .
٦٠٩ — سورة النساء آية (٨٦) .

ووجه الدلالة من الحديث الشريف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز للواهب الرجوع فى هبته طالما لم يتلق عوضا عنها .

(٣) روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر وأبى الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم أنهم ذهبوا الى مايراه الأحناف من غير خلاف بينهم فكان ذلك بمثابة اجماع منهم على جواز رجوع الواهب فى هبته .

ـ الفريق الثانى : ـ

يرى الامام الشافعى رضى الله عنه أن الملك الثابت بالهبة ملك لازم لا يجيز للواهب الرجوع فى هبته كقاعدة عامه الا فيما وهب الوالد لولده.(٦١٠)

ـ ويحتج الامام الشافعى بالآتـــى : ـ(٦١١)

(١) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لايحل لواهب أن يرجـــع فى هبته الا فيما يهب الوالد لولده ". (٦١٢)

ووجه الدلالة من الحديث حرمة الرجوع فى الهبة كمبدأ عـــام يستثنى عليه رجوع الوالد فيما وهبه لولدة اذ العلة فى ذلك أن الولد وما يملك ملك لوالده .

(٢) قال رسول الله صلى الله عليه : " العائد فى هبته كالعائد فـى

---

٦١٠ ـ البدائع للكاسانى ـ المرجع السابق ص١٢٧ .

٦١١ ـ المرجع السابق ص١٢٨ .

٦١٢ ـ ورد هذا الحديث بألفاظ أخرى والمعنى واحد ـ انظر نيل الأوطار للشوكانى ـ المرجع السابق جـ٦ ص١١٤ فعن طاووس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم قال: " لايحـــل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالـــد فيمـا يعطـــى ولـــده ".

قيئة " . والعود فى القئ حرام كذا فى الهبة . (٦١٣)

ووجه الدلالة من الحديث هو تحريم الرجوع فى الهبة لأن القئ حرام فالمشبه به (الرجوع فى الهبة) مثله أى حرام كذلك .

واذا كان لنا كلمة نقولها ازاء ماذهب اليه كلا الفريقين فاننى أميل الى الفريق الأول الذى يرى جواز رجوع الواهب فى هبته ولا يقدح فى ذلك أدلة الفريق الثانى خاصة حديث القئ والذى يمكن حمله على الحث على الفضائل وحسن الخلق وأن من يهب انسانا يجب عليه عدم الرجوع فيما وهب لمجرد كون الهبة بغير عوض اذ الفوائد التى تجنى من وراء الهبات كزيادة أواصر المحبة ونقاء القلوب والبر وكافة معانى الوفاء تعد اكبر بكثير من مجرد الرجوع فى الهبة بغير مبرر .

يؤكد ذلك ماروى عن البخارى من أن حديث القئ لا يدل على التحريم لأن الكلب غير متعبد وبالتالى فالقئ ليس حراما عليه ويكون المراد هو المبالغة فى الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالنرد شير : " فكأنما غمس يده فى لحم خنزير .. " . (٦١٤)

يضاف لذلك أنه اذا وجد العذر للرجوع فلا مانع فى ذلك ولنعط مثالا لما نقول : رجل وهب دابته لآخر ثم أصيب بعد ذلك بمرض أقعده ولا يستطيع قضاء مصالحه الا بواسطة دابة ولا يملك ثمن شراءها فلا شك والحال كذلك أنه أولى بدابته الموهوبة ويعد المرض بمثابة العذر الذى يبرر له

---

٦١٣ ــ انظر ــ الشوكانى المرجع السابق ص ١١٤ حيث روى هذا الحديث عن ابن عباس وزاد أحمد والبخارى: "ليس لنا مثل السوء" ولأحمد فى رواية قال قتادة : " ولا أعلم القئ الا حراما " .

٦١٤ ــ نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ ص ١١٤ .

الرجوع فى هبته دليل ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المتقدم :
" الواهب أحق بهبته " .

والقول بغير ذلك يجلب على الواهب المشقة والضرر اذ لا يعقـــل أن يتكفف الناس للحاجة وماله الذى وهبه موجود فضلا عن أن الضرر يجـــب ازالتـــه .

البنـد الثانـى

عقد العارية

ـ تعريف العاريـة : ـ

هى تمليك المنافع بغير عوض أو اباحة الانتفاع بملك الغير . (٦١٥)

وللعارية صور كثيرة كمن يستعير سيارته من شخص لقضاء بعض لوازمه على أن يعيدها اليه . فهو بذلك يحبس منفعتها طوال فترة استعماله لها ما يعنى أن العارية فى الأصل يجب أن تكون مؤقتة (٦١٦) حتى ولو استغرقت مدة حياة المعير أو المستعير كقوله : " ودارى لك سكناها مدة عمرى أو عمرك " . (٦١٧)

ـ أركان العاريـة : ـ

للعارية أركان اربعة هى : ـ (٦١٨)

(١) معير وهو المالك ولو لم يملك الذات (الرقبه) بلا حجر عليه وبذلك لا تصح هبة الصبى والسفيه ولو كان مأذونا له فى التجارة لأنه انما أذن له فى التصرف بعوض.

(٢) مستعير وهو من تأهل للتبرع عليه بمنفعة الشىء المعار له كالمصحف وكتب الأحاديث. . . . الخ .

(٣) مستعار أى الشىء محل العارية ويشترط ـ حتى تصح العاريـة ـ

٦١٥ ـ نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين احمد بن قودر المعروف بقاضى زادة (تكملة فتح القدير) جـ٩ ص٣ .

٦١٦ ـ بلغة السالك جـ٢ ص٧٦٧ .

٦١٧ ـ نتائج الأفكار ـ المرجع السابق ص ٧ .

٦١٨ ـ بلغة السالك ـ جـ٢ ص٧٦٧ ، ومابعدها، البدائع للكاسانى ـ جـ٦ ص٢١٤ ومابعدها .

أن تباح منفعته كالعرض والحيوان بشرط بقاء عينه وبالتالى لا يجوز اعارة الطعام والشراب.

(٤) الصيغة كقوله : أعرتك وما فى معناها كقوله : " أعنى بغلامك" مثلا فى هذا اليوم أو الشهر.

والعارية من عقود التبرع ولا تصح الا بالقبض ولذا كانت ملزمة لجانب واحد هو المعير الذى يلتزم بتسليم الشيء المستعار الى المستعير.(٦١٩)

وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " المنحة مردودة والعارية مؤداة ". (٦٢٠)

ولا يجوز للمستعير الامتناع عن اعادة العارية حال طلبها من المعير لأنها كانت أمانة تحت يده ويجب أداؤها . فعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " أد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك".(٦٢١)

وتختلف أحكام رجوع المعير فى عاريته تبعا لما اذا كانت العارية مؤقته أو مطلقة مما يوجب التفرقة بين الحالتين : ــ

(١) العارية المطلقة : ــ

فى هذه الحالة يجوز للمعير أن يجبر المستعير على الرد فاذا كانت العارية أرضا للبناء أو للغراس ثم بدا للمعير اخراجه فله ذلك مع اجبار المستعير على قلع الغراس ونقض البناء.

---

٦١٩ ــ بدائع الصنائع ــ المرجع السابق جـ٦ ص٢١٤ .
٦٢٠ ــ مشار اليه فى نتائج الأفكار ــ المرجع السابق ص٧ .
٦٢١ ــ نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ ص٣٩ ــ رواه أبو داود والترمزى وقال حديث حسن .

والعلة فى ذلك أن فى ترك البناء والغراس ضررا بالمعير لأنه لا نهاية للعارية حيث انها مطلقة من التأقيت. (٦٢٢)

(٢) العارية المؤقته :ـ

اذا كانت العارية مؤقته فلا يجبر المستعير على النقض والقلع قبل الموعد المضروب اذ هو بالخيار ان شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائما سليما وترك ذلك عليه و ان شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض.

على أنه يلاحظ أن ثبوت الخيار لـلمستعير انما يكون كذلك اذا لم يكن القلع أو النقض مضرا بالأرض اذ أنه لو كان مضرا فالخيار للمالك ان شاء أبقى الغراس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالنقض والقلع.

أما اذا كانت الأرض قد أعيرت للزراعة فزرعها المستعير وأراد المعير أخذها فلا يكون له ذلك حتى يحصد الزرع وتبقى الأرض فى هذه الحالة فى يد المستعير على أن يدفع أجر المثل الى وقت الحصاد.(٦٢٣)

من كل ما سبق نستطيع القول بأن عقد العارية ولو أنه من العقود الملزمة لجانب واحد الا أنه يمكن أن تطبق بشأنه أحكام نظرية الظروف الطارئة.

فاذا أجيز للمعير أن يرجع فى عاريته مطلقا فانه يجوز له ذلك من باب أولى اذا حدث له ظرف طارئ أحوجه الى ما أعاره لغيره. فمن أعار دابته أو سيارته يستطيع أن يرجع فى عاريته ويستردها اذا طرأ له عذر اقتضى الرجوع.

---

٦٢٢ ـ البدائع جـ٦ ص٢١٧ .

٦٢٣ ـ المرجع السابق نفس الموضع .

كذلك من كان يملك قطعتين من الأرض فأعار احداهما ثم حدث أن ملأ الفيضان أرضه التى تحت يده بحيث يستحيل زراعتها مما يفوت عليه فرصة المحصول السنوى اللازم لاقامة أوده طيلة العام فله أن يسترد عاريته لزراعتها بنفسه ويعد الفيضان بمثابة عذر كاف لذلك ٠

وبذلك نكون قد انتهينا من استعراض أحكام كل من الهبة والعارية الى جواز استرداد العارية قبل حلول الأجل المضروب لها فضلا عن جواز رجوع الواهب فى هبته وفقا لما رجحناه ٠

ومعنى ذلك أن نطاق نظرية الظروف الطارئة ـ فى الشريعة الاسلامية ـ يتسع ليشمل العقد الملزم لجانب واحد ٠

المطلب الثانى
الظرف الطارئ

على هدى من تقسيمنا الشكلى لمسألة الظرف الطارئ فى القانـــون المدنى فاننا نتناوله كذلك فى الشريعة الاسلامية من حيث أحواله وكذلــك أوصافه التى ان توافرت فيه قلنا بوجوده وأخيرا أثره .

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع على النحو التالى : ـ

الفرع الأول : أحوال الظرف الطارئ .

الفرع الثانى : أوصاف الظرف الطارئ .

الفرع الثالث : أثـــر الظرف الطارئ .

ونتولى الكـــلام عن كل فرع تباعـــا .

الفــرع الأول
أحوال الظرف الطارئ

للظرف الطارئ فى الشريعة الاسلامية أحوال ثلاثة أولها الجائحة التى تصيب الثمر والزروع فتأتى على بعضها وتتلفه ان لم تفعل ذلك فى كل ثمـــر الحائـــط..

وقد يتمثل الظرف الطارئ في العذر الذى يطرأ بصدد عقد الاجـــارة مما يتيح لمن قام فى جانبه أن يطلب الفسخ .

وأخيرا قد يتمثل الظرف الطارئ فى تقلب قيمة النقود .

وعلى ذلك نتولـــى معالجـــة كـــل نـــوع من هـــذه الأنـــواع فـــى بنـــد مستقـــل على النحو التالى : ــ

البند الأول : الجائحـــة .
البند الثانى : تقلب قيمة النقود .
البند الثالث : الأعـــذار .

البنـــد الأول
الجـــائحـــة

ـ تعريف الجائحة : ـ

للجائحة تعريفات متعددة قال بها الفقهاء : ـ

فقد عرفها فقهاء الأحناف بأنها : " الآفات السماوية التى لا يمكن معها تضمين أحد مثل الريح والبرد ونحو ذلك ". (٦٢٤)

ومن فقهاء المالكية (ابن القاسم) من عرفها بأنها : " مالا يستطاع دفعه من أمر سماوى كبرد وثلج وغبار وسموم أى ريح حار وجراد وفأر ونار ونحو ذلك أو جيش ". (٦٢٥)

كذلك عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها : " ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة ". (٦٢٦)

وعند الحنابلة أنها : " كل آفة لا صنع للآدمى فيها ". (٦٢٧)

ومن جماع التعريفات السابقة يمكن القول ـ فى رأينا ـ أن الجائحة هى : " كل معجوز عن دفعه يصيب الثمرة أو الزروع أو البقول ويؤدى الى اتلافها أو اتلاف جزء منها أو نقصان كميتها بدرجة تجاوز المتعارف عليه ولا يد للمشترى أو البائع فيه ".

---

٦٢٤ ـ فتاوى ابن تيمية جـ٣ ص٢٦٣ .

٦٢٥ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب الامام مالك جـ٢ ص٥٢٥ .

٦٢٦ ـ المرجع السابق ص٥٢٣ .

٦٢٧ ـ المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص٢١٦ .

ــ أنواع الجائحــة : ــ

لا تقع الجوائح تحت حصر ولذلك يحسن التعرض لبعض النصوص الفقهية الواردة فى تلك المناسبة اذ بذلك نستطيع ــ قدر الامكان ــ أن نحصــر أنواع الجوائح .

فقد ورد فى كتب الفقه أن : " الجراد جائحة عند مالك وكذلك النــار والبرد والمطر والطير الغالب تأتى فتأكل الثمرة والدود وعفن الثمار فــى رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش من انقطاع الماء أو السمــاء احتبست عن الثمرة حتى ماتت ..... قال ابن القاسم ولو أن سارقــا سرقها كانت جائحة وقال ابن نافع ليس السارق بجائحة وقال مالــك فــى الجيش يأخذ ثمرة النخيل هو جائحة ". (٦٢٨)

وورد أيضا أن : " الجائحة المعتبرة أن تكون سماوية ولا صنع فيهــا لآدمى كالريح والمطر والبرد والجليد والصاعقة والحر والعطش وكذا الجراد وان أتلفه آدمى خير المشترى بين الفسخ أو الامضاء ومطالبة المتلف ".(٦٢٩)

يتضح من النصوص السابقة أن الجائحة تنحصر فى النار والبرد والمطر والجراد والطير الغالب والدود وعفن الثمار الذى يحلل أنسجة الثمــرة والسموم والعطش والريح والجليد والصاعقة والحر والجيش الجرار ... الخ.

وازاء هذا التعداد والتنوع للجائحة فلم تجتمع كلمة الفقهاء على ما يعد جائحة وما لا يعد كذلك. اذ تفرقوا الى ثلاثة مذاهب على النحو التالى : ــ

---

٦٢٨ ــ المدونة الكبرى للامام مالك جـ١٢ ص٣٧ ــ٣٨ .

٦٢٩ ــ الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى طبعة ١٣٧١ هـ.

- المذهب الأول : -

ذهب الأحناف والحنابلة الى قصر الجائحة على الأمر السماوى فقط كغارات الجراد وأسراب الطير والرياح والحر والبرد . (٦٣٠)

وحجتهم فيما ذهبوا اليه ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : " أرأيت ان منع الله الثمرة " . وقالوا أن المنع يرجع الى الله وليس الى فعل الانسان.

- المذهب الثانى : -

ذهب ابن القاسم فى أحد قوليه وبعض المالكية الى أن الجائحة تشمل النوازل السماوية وأفعال الآدميين الغالبة كالجيش الجرار أما أفعالهم غير الغالبة كالسرقة فهى لاتعد جائحة لأنه من الممكن التحرز منها . (٦٣١)

وحجتهم فى ذلك أن أفعال الآدميين الغالبة تشبه نوازل السماء بجامع أن كلاهما معجوز عن دفعه ورده .

- المذهب الثالث: -

ذهب ابن القاسم فى قول آخر وابن يونس من المالكية الى أن الجائحة تشمل كل مايتلف الثمر سواء كان المتلف أمرا سماويا أو بفعل آدمى طالما لم ترجع فى مصدرها الى أى من المتعاقدين . (٦٣٢)

---

٦٣٠ - الفتاوى لابن تيمية جـ٣ - ص٢٦٣ ، البدائع جـ٥ ص١٣٨ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق للطورى جـ٥ ص٣٠٠ ، كشاف القناع على متن الاقناع جـ٣ ص٢٣٠ ومابعدها المغنى لابن قدامة - المرجع السابق نفس الموضع .

٦٣١ - المدونة الكبرى جـ١٢ - كتاب الجوائح ص٣٧ - ٣٨ القوانين الفقهية لابن جزىء الكتاب الثالث ص٢٢٥ .

٦٣٢ - بلغة السالك جـ٢ ص٥٢٥ ، المدونة الكبرى - الموضع السابق .

وحجتهم فيما ذهبوا اليه أن كل معجوز عن دفعه يصح وضع الجائحة فيه طالما أنه ليس لأحد من المتعاقدين يد في احداثه . وهذا مانرجحه.

وعلى ضوء ماتقدم يمكن تصنيف الجوائح من حيث مصدرها وقوتها الى الأقسام الآتية : ـ

أولا : من حيث مصدرها : ـ

(١) جائحة سماوية : ـ

وهي تشمل البرد والمطر والريح والجليد والصاعقة والحر والطير الغالب والجراد والعطش.

(٢) جائحة أرضية : ـ

وتشمل الدود والنار والعفن وافعال الآدميين كالجيش الجرار والسارق .

ثانيا : من حيث قوتها : ـ

(١) أمر سماوي لايد لأحد فيه ولا يمكن دفعه كالجليد والبرد والعطش.

(٢) أمر أرضي ولا يمكن دفعه كالدود والجيش الجرار والنار .

(٣) أمر أرضي يمكن دفعه كفعل السارق ولذلك وجدنا أنه كان محل خلاف بين الفقهاء .

ـ الأخذ بالجائحة : ـ

انقسم الفقهاء الى فريقين بالنسبة للأخذ بالجائحة فبعضهم يقر الأخذ بها والبعض الآخر لم يقر ذلك . ولكل فريق حجته فيما ذهب اليه. ولنفصل الأمر باستعراض أدلة كل فريق .

ـ الفريق الأول : ـ

يذهب كل من المالكية والحنابلة والشافعي في مذهبه القديم الى اقرار وضع الجائحة والحط من الثمن مقابل ماتلف واحتجوا بالآتي: ـ (٦٣٣)

(١) قوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم الا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (٦٣٤) وقوله تعالى في اليهود " وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل" (٦٣٥)

ووجه الاستدلال من الآيتين الكريمتين أن من يأكل أموال الناس بالباطل يكون قد أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر لأن المقصود بالعهود المالية هو التقابض فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ماعقد عليه ولذا قال تعالى : " واتقوا الله الذى تساءلون به " أى تتعاقدون . (النساء آيه (١)) .

(٢) استدلوا كذلك من السنة بما روى فى صحيح مسلم عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح .

وعن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق ". (٦٣٦)

---

٦٣٣ ـ بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص١٨٥ ، الفتاوى لابن تيمية جـ٣ ص٢٦٣ ، المحلى لابن حزم ص٣٧٩ المسألة ١٤٢١ .
٦٣٤ ـ سورة النساء آيه ٣١ .
٦٣٥ ـ سورة النساء آيه ١٦١ .
٦٣٦ ـ صحيح مسلم جـ١٠ ص٢١٦ ومابعدها ، سبل السلام جـ٣ ص٤٨ ، فتح البارى جـ٤ ص٣٩٨ ، ٣٩٩ .

ووجه الدلالة من الحديث الأول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أمر صراحة بوضع الجائحة وذلك بالحط من الثمن مقابل ما أتلفته الجائحة .

أما الحديث الثانى فهو يؤكد الحديث السابق بشئ من التفصيل وبيان أن عدم الأخذ بالجائحة وتحميل المشترى قيمة ما تلف رغم أنه وقت تلفه من ضمان البائع يعد أكلا لأموال الناس بالباطل لأنه أخذ لمال لا يقابله جزء من المبيع ولذا جاء فى نهاية الحديث " فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق " .

يضاف لذلك أن المعاوضة مبناها المعادلة وأن أحد المتعاقدين لم يعطى الا ليأخذ المقابل .

كذلك ورد فى صحيح مسلم عن يحيى ابن سعيد عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة تقول: سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما واذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه فى شئ وهو يقول والله لا أفعل فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما فقال : " أين المتألى على الله لا يفعل المعروف؟ قال : أنا يارسول الله فله أى ذلك أحب " . (٦٣٧)

ووجه الدلالة من الحديث الشريف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استنكر على المتألى عدم حطه للثمن مقابل ما أتلفته الجائحه على اعتبار أن وضعه لها من باب المعروف الذى كان أحد سببين فى جعل أمته صلى الله عليه وسلم خير أمة أخرجت للناس لقوله تعالى : " كنتم خير أمه أخرجت

---

٦٣٧ ــ صحيح مسلم جـ١٠ ص٢٢٠ .

للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر " . (آل عمران آية ١١٠)

(٣) أن البائع اذا باع الثمر بعد بدو صلاحه وقبل جذاذه وكذلك الحب بعد انعقاده واشتداده فان ذلك لا يعد قبضا له من قبل المشترى اذ يلزم البائع سقيه ورعايته فان تلف قبل تمكن المشترى من قبضه فيكون ذلك من ضمان البائع .

وجدير بالذكر أن وضع الجوائح داخل فى قاعدة " تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكن من قبضه " .

- الفريق الثاني : - (٦٣٨)

ذهب الأحناف والشافعى فى مذهبه الجديد الى عدم اقرار وضع الجوائح فما يهلك بسببها يكون من ضمان المشترى .

واستدلوا بالآتى : -

(١) عن عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن حميد عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أرأيت اذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ " .

كذلك قال صلى الله عليه وسلم : " لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها " . (٦٣٩)

وهو مايفيد النهى عن البيع قبل بدو الصلاح .

٦٣٨ - ابن تيمية جـ٣ ص١٨٦ ومابعدها ، المغنى لابن قدامة جـ٤ ص ١٠٤ ، بدايه المجتهد لابن رشد جـ٢ ص١٨٥ .
٦٣٩ - فتح البارى جـ ٤ ص٣٩٨ .

وبجمع حديث جابر السابق والحديث الذى نحن بصدده الآن والتوفيق بينهما يبين أن الجوائح التى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها هى تلك التى تصيب الثمرة قبل بدو الصلاح حيث لا يجوز البيع فهى من ضمان البائع ان كان قد باعها بالمخالفة للحديث.

أما البيع بعد بدو الصلاح فهو جائز ولذا لو أجيحت الثمرة فهى من ضمان المشترى تلزمه مصيبتها ولا شىء على البائع.

(٢) ماروى فى صحيح مسلم عن أبى سعيد الخدرى قال : أصيب رجل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال الرسول : تصدقوا عليه. فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك ". (٦٤٠)

ووجه الدلالة من الحديث الشريف أنه اذا كان الحكم وضع الجوائح لفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم يفعل وانما أمر بالتصدق عليه ولم يسقط عنه لأجل الجائحة شيئا.

ـ الــرد : ـ

يمكن الرد على ذلك فقوله : فكثر دينه .... الخ بأنه يحتمل أن الثمرة تلفت بعد أوان الجذاذ وتفريط المشترى فى تركها بعد ذلك على الشجر فتكون حينئذ من ضمانه.

(٣) استدلوا كذلك بحديث المتألى السابق عرضه ضمن أدلة من قالوا بوضع الجائحة.

---

٦٤٠ ـ صحيح مسلم ـ المرجع السابق ص٢١٦.

ووجه استدلالهم من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوجب على المتألى وضع الجائحة بل اكتفى ببيان استنكاره لموقف هذا المتألى الممتنع عن عمل المعروف.

(٤) وقد أضاف هذا الفريق الى الحجج السابقة حجة عقلية مفادها أن البائع بتخليته بين المشترى وبين الثمار قد أعطى الأخير الحرية فى التصرف كمالك فى تلك الثمار فيجوز أن يتصرف فيها ببيعها وهبتها مما يعنى أن التخلية كالقبض تماما فكما أن للمشترى غنم التصرف والهبة فعليه غرم الهلاك.

- الرأى الخاص: -

بداية نقرر ميلنا الى القول بوضع الجائحة للآتى : -

(١) الأمر الصريح للرسول صلى الله عليه وسلم بوضع الجائحة.

(٢) أن وضع الجوائح يتوافق مع العدالة فى المعاملات ورفع الضرر تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم : " لاضرر ولا ضرار ".

(٣) وضع الجائحة أقرب الى المنطق والعقل وتفصيل ذلك أن البائع يمتلك أصل الثمرة وهو الشجر وكذلك الأرض المغروس فيها تلك الأشجار ولا يمكن له التخلى عن مسئوليته فى رعاية الشجر وما عليه من ثمر فاذا باع ذلك الثمر قبل طيبه فهو على عهدته ويضمن تلفه لأن المشترى لا تتجه نيته الى اخلاء مسئولية البائع بمجرد ابرام العقد وقبل القطف وانما أراد بعقد البيع حجز هذه الثمار له حتى تستوفى طيبها.

(٤) أن ماورد بحديث المتألى يدل على وضع الجائحة بدليل أنه لما رأى استنكار الرسول لموقفه وهو عدم وضع الجائحة عن المشترى وضعها عنه.

ويمكن تأويل استنكار الرسول للمتألي على أن موقفه يعد بمثابة مخالفة لحديثه صلى الله عليه وسلم الذى أمر فيه بوضع الجائحة ولا شك أن أمره يكون بالمعروف وبالتالى يكون المتألى ممتنعا عن فعل ذلك المعروف وهو غير جائز ٠

(٥) أن عدم وضع الجائحة يعنى حصول البائع على جزء من الثمن مع عدم حصول المشترى على مقابله من المبيع مما يعد أكلا لأموال الناس بالباطل وهو ما أمرنا الشارع الحكيم بالابتعاد عنه لما فيه من حرمة شديدة وايغار للصدور وايقاع للتنازع يؤكد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق " ٠

(٦) اذا كان الحط من الثمن بوضع الجائحة مخالف للزوم العقد وهو واجب فالأوجب ازالة الضرر لأن القاعدة الشرعية تقضى بأن يزال الضرر وبأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ٠ (٦٤١)

وتتمثل المفسدة هنا فى أكل أموال الناس بالباطل نتيجة أخذ البائع لجزء من الثمن لا يقابله جزء من المبيع فاذا كانت المصلحة فى انفاذ البيع لأن الله تعالى أمرنا بضرورة الوفاء بالعهود والعقد لا شك عهد مع أن فى ذلك ترتيب مفسدة لما قدمنا فالأولى درء تلك المفسدة بوضع الجائحة ٠

لكل ماتقدم نرى وضع الجائحة فى بيع الثمار والحب والبقول على تفصيل سنراه عند الكلام عن كيفية وضع الجائحة ٠

---

٦٤١ ـ الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٧ ٠

البند الثانى

تقلب قيمة النقود

لم نر فى المذاهب الفقهية من عالج مسألة تقلب قيمة النقود سوى مذهب الأحناف وبالذات فى رسائل ابن عابدين وهى تلك الرسالة المسماة برسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود ٠

ولقد عالج ابن عابدين (٦٤٢) مسائل تقلب قيمة النقود بدقة متناهية تتناسب مع مكانة النقود فى تلك العهود ٠

واذا كانت النقود هى من ركائز النظام الاقتصادى الحاضر فى مختلف دول العالم نظرا لتشابك العلاقات الاقتصادية وتعقدها فضلا عن تعدد مظاهر العلاقات الاقتصادية واختلاف القيم المختلفة للسلع لدرجة أصبح معها العالم فى حاجة ماسة الى وضع نظام منضبط يتم على أساسه تنظيم العلاقات الاقتصادية فكانت النقود هى ذلك الضابط والمقياس الحقيقى والذى من خلاله تقاس قيم الأشياء ٠

واذا كانت النقود تلعب هذا الدور الخطير لدرجة جعلت الكثير من الاقتصاديين يؤمن بأن كل فرع من فروع الاقتصاد له جوانبه النقدية التى تؤثر فيه تأثيرا حقيقيا لا تأثيرا ظاهريا ٠ (٦٤٣)

اذا علمنا كل ذلك وبأن المجتمعات القديمة لم تكن تمثل النقود لديها تلك الأهمية الكبرى لأن المبادلات فيها لم تكن قد تطورت وتعقدت مظاهرها كما هو الحال عليه الآن بل كانت مقايضة السلعة بالسلعة هى سمات ذلك

---

٦٤٢ ــ انظر رسائل ابن عابدين جـ٢ رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود طبعة ١٣٥٢ هـ

٦٤٣ ــ اقتصاديات النقود والتوازن النقدى د٠ فؤاد هاشم عوض ص٣ ومابعدها٠

العصر وغير ذلك من الأمور البسيطة ولتى لم تكن تلعب فيها النقود دورا مذكورا فضلا عن أن صناعة سك النقود لم تكن قد عرفت ولم يلتفت اليها أحد اللهم الا فى العصور الحديثة نسبيا من عهد الدولة الاسلامية من جماع ماسبق نستطيع التأكيد على أن عدم معالجة علماء المسلمين لمسألة تقلب قيمة النقود لم يكن عن اهمال منهم أو قصور فى المعطيات العلمية وانما كان لعدم معرفة عصورهم لهذا النوع من وسائل التعامل · بدليل أنه لما عرفت هذه المسألة وشاعت فى عصر ابن عابدين نتيجة صدور الكثير من الأوامر السلطانية التى تقضى بتغيير قيمة النقود الرائجة والتى تختلف قيمتها قام هذا الفقيه الكبير بمعالجة هذه المسألة باعتبار أن الأوامر السلطانية تعد ظروفا طارئة تؤثر فى قيمة النقود ·

واتجاه ابن عابدين هذا يؤكد لنا مدى اجتهاد فقهاء المسلمين لاستنباط الأحكام التى تيسر مصالح المسلمين وبقدر هذه المصالح بمعنى انهم لم يسيروا على نمط واحد فى فتاويهم واجتهاداتهم ولم يقفوا عند الأمور التقليدية الجامدة بل كانوا يطورون أنفسهم بما يتفق مع مقتضيات كل عصر·

وصورة تقلب قيمة النقود تتمثل فى افتراض ابرام عقد بيع يتفق فيه المتعاقدان على ترك الخيار للمشترى أن يدفع الثمن من أى نوع من أنواع النقود الرائجة ثم يصدر بعد ابرام العقد أمر سلطانى يخفض قيمة هذه النقود والفرض أنها متفاوتة القيمة مما كان من نتيجته أن نوعا منها رخص بمقدار قرشين وآخر بمقدار ثلاثة قروش وثالث بخمسة وهنا يثور التساؤل : بأى نوع يقوم المشترى بسداد الثمن ؟ وهنا يكون الرد على ضوء الموازنة بين مصلحة كل من المشترى والبائع قدر الامكان حتى لاتكون مسألة تقلب قيمة النقود بابا لظلم أحد الطرفين · وهذا ماسنراه تفصيلا فى الموضع الخاص بمعالجة أثر الظرف الطارىء ·

البند الثالث

الأعـــذار

— تعريف العذر : —

عرف بعض الفقهاء العذر بأنه : " عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بهذا العقد ". (٦٤٤)

فالمتعاقد حينما يبرم العقد انما يقصد من ورائه الى تحقيق أغـــراض معينه فى مقابل أداء يلتزم به الطرف الآخر فاذا طرأ على العقد ظرف جعل تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يصيبه بضرر فانه يجيز له فسخ هذا العقـد والعلة فى ذلك كما عبر عنها الكاسانى فى بدائعه من أنه : " لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ". (٦٤٥)

فالضرر ليس من الآثار التى تتولد من العقد حتى نطلب من العاقـــد الواقع عليه هذا الضرر تحملها . وكما تقرر القاعدة الشرعية أن الضرر يـزال وهى قاعدة مأخوذة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " لاضـــرر ولا ضرار ". (٦٤٦)

وللعذر عند الفقهاء خاصة الأحناف ضابط محدد عبر عنه ابن عابديـن فى حاشيته بقوله : " كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضـرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت للمتعاقد المضرور حق الفسخ ". (٦٤٧)

---

٦٤٤ ــ تكملة فتح القدير جـ٩ ص١٤٧ ، تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص١٤٦ ، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لشيخ زادة جـ٢ ص٣٩٩ .
٦٤٥ ــ البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٧ .
٦٤٦ ــ الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢ .
٦٤٧ ــ حاشية بن عابدين جـ٥ ص٦٩ ومابعدها .

ويقول ابن عابدين تظهر لنا جلية العلة من فسخ الاجارة بالعذر ألا وهى كون استيفاء المعقود عليه لايتم الا بضرر سواء تمثل هذا الضرر فى نفس المتعاقد أو ماله وهذا أمر لايقره الشرع الحنيف ولذا كان من المنطقى والحال كذلك ترك خيار الفسخ للمتعاقد الذى وقع العذر فى جانبه لأن انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج على العقل والشرع لأنه يقتضى أن من اشتكى من ألم فى ضرسه فاستأجر طبيبا لقلعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت فى يده أكلة فاستأجر طبيبا ليقطعها فسكن الداء ثم برئت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا ٠ (٦٤٨)

ومن جماع ماسبق فليس غريبا أن تجتمع كلمة الفقهاء على الاعتراف بالعذر سببا يجيز فسخ الاجارة ولا يقدح فى ذلك اختلافهم بين مضيق وموسع لنطاق هذا الفسخ على تفصيل سنراه بعد قليل ٠

والأصل فى العذر المعتبر سببا للفسخ هو ما طرأ بعد ابرام العقد وقبل التنفيذ أو أثناءه ٠ سواء تعلق العذر بالعين المؤجرة (محل العقد) كمرض الظئر المستأجرة للرضاعة وهو مايمثل عيبا فى ذات المحل (٦٤٩) وقد تهلك العين المؤجرة كليا كانهدام البيت المستأجر وقد يهلك محل العقد جزئيا كانهدام جزء من الدار لايمكن معه استطاعة السكن فيه ٠ (٦٥٠)

كما أن العذر قد يتعلق بالمؤجر كما اذا لحقه دين فادح لايجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة ٠ فيجوز له الفسخ لأن ابقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لأنه يحبس به ولا يجوز الجبر

---

٦٤٨ ـ البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٧ ٠
٦٤٩ ـ المبسوط للسرخى جـ١٦ ص١٥ ـ١٧ ٠
٦٥٠ ـ الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٦ ٠

على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد ٠ (٦٥١)

وقد يقع العذر فى جانب المستأجر كما اذا أفلس وقام من السوق وانتقل من حرفة الى حرفة ٠ أو مرض أو اعتزم السفر لمصلحة عاجلة وموته كمرضه ويعتبر الارتداد عذرا فى بعض الحالات ٠ (٦٥٢)

على أن العذر قد يتحقق ويجيز الفسخ رغم عدم تعلقه بشىء مما ذكرناه بل يكون متصلا بالظروف المحيطة بالتعاقد كمن يستأجر حماما لاستغلاله ويفاجأ بأهل البلدة التى بها الحمام يهجرونها مما يعنى أن المستأجر لن يستفيد من هذه الاجارة فيكون ذلك بمثابة عذر يجيز له الفسخ ٠ (٦٥٣)

اذا كان هذا هو الأصل من أن العذر يطرأ بعد ابرام العقد الا أنه توجد حالات يطرأ فيها العذر قبل ابرام العقد ولكن لا يطلع عليه المستأجر الا بعد بدء تنفيذ العقد مما يثبت له الخيار ٠

مثال ذلك : من يستأجر دابة وعند استخدامه لها يكتشف عرجها أو تعثر ظهرها فله طبقا لخيار العيب أن يمضى العقد أو يفسخه ولا شك أن العذر فى هذا الغرض سابق على ابرام العقد ٠ (٦٥٤)

---

٦٥١ ـ البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٨ ، رمز الحقائق للعينى ص٢٠٤ ، الدر المنتقى على هامش مجمع الأنهر ص٤٠٠ ٠

٦٥٢ ـ الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٤ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لمحمد بن الحسن المشهور بالطورى جـ٨ ص٤١ ٠

٦٥٣ ـ الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٤ ، الدر المنتقى فى شرح الملتقى ـ على هامش مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٠١ ، رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق جـ٢ ص٢٠٤ ٠

٦٥٤ ـ الأنوار لأعمال الأبرار جـ١ ص٤١٣ ٠

كذلك الحال بالنسبة لمن يستأجر شخصا للخدمة وعند تنفيذ العقد يكتشف ضعف بصره فذلك عذر ثابت قبل ابرام العقد يثبت له خيار الفسخ ٠ (٦٥٥)

وعلى ضوء ماتقدم يمكننا تعريف العذر بأنه " كل أمر يطرأ على العقد أو يكتشفه المتعاقد عند بدء التنفيذ ويجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا بحيث يهدده بضرر غير مستحق بالعقد " ٠

ـ أنواع العذر : ـ

مما سبق نستطيع القول بأن للعذر أنواع أربعة تتمثل فى الآتى : ـ

أولا : العذر فى جانب العين المؤجرة : ـ

وهو حدوث عيب فى العين المؤجرة يخل بالانتفاع بها ٠

وهذا العذر يتمثل فى أحد الأحوال الآتيه : ـ

(١) العيب فى العين المؤجرة : ـ

ـ وذلك كعرج الدابة أو مرض الظئر ٠

(٢) الهلاك الكلى للعين المؤجرة : ـ

ـ وذلك كانهدام الدار المؤجرة أو موت الظئر ٠

(٣) الهلاك الجزئى للعين المؤجرة : ـ

ـ وذلك كانهدام جزء من الدار لايمكن معه استيفاء المنفعة منها ٠

ثانيا : العذر فى جانب المستأجر : ـ

كما اذا أفلس فيقوم من السوق ويهجر تجارته فذلك عذر يجيز له

---

٦٥٥ ـ المهذب للشيرازى جـ١ ص٤٠٥ ـ ٤٠٦ ٠

طلب فسخ عقد استئجار الحانوت٠

ثالثا : العذر فى جانب المؤجر : ـ

كما اذا لحقه دين فادح لا يستطيع قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة٠

رابعا : عذر خارجي : ـ

كمن يستأجر حماما فى بلدة يهجرها أهلها فذلك عذر يجيز له فسخ اجارة الحمام٠

واذا كنا قد قدمنا أن فقهاء الشريعة الغراء قد أخذوا بالعذر سببا للفسخ بين مضيق وموسع فان ذلك يبين لنا اكثر من استعراض تطبيقات المذاهب الفقهية فى الأخذ بالعذر٠ وهو ماسنتعرض له بعد الكلام عن أوصاف الظرف الطارئ٠

الفرع الثانى

أوصاف الظرف الطارئ

سبق لنا تناول أوصاف الظرف الطارئ فى القانون الوضعى وقلنا أنها تنحصر فى كون الظرف الطارئ حادث استثنائى عام غير متوقع لايد للمدين فيه ٠

وباستصحاب هذا التقسيم الشكلى فى القانون الوضعى فاننا نعالج الأمر فى الشريعة الاسلامية مع زيادة نقطة أخيرة هى مدى استطاعة المتعاقد دفع الظرف الطارئ ٠

وعلى هذا ينحصر الكلام فى النقاط التالية والتى تخصص لكل نقطة منها بندا مستقلا على النحو التالى : ـ

البند الأول : مدى اشتراط كون الظرف الطارئ استثنائيا ٠
البند الثانى : مدى اشتراط كون الظرف الطارئ عاما ٠
البند الثالث : مدى اشتراط كون الظرف الطارئ متوقعا ٠
البند الرابع : مدى تأثير ارادة المتعاقد على الظرف الطارئ ٠
البند الخامس : مدى امكانية دفع الظرف الطارئ ٠

ـ ونتناول كل بند من هذه البنود الخمسة بالتفصيل تباعا ٠

البند الأول

مدى اشتراط كون الظرف الطارئ استثنائيا

يعني وصف الاستثنائية كون الحادث مما يندر وقوعه غير خاص بالمدين بل يجب أن يشمل طائفة من الناس كفيضان عالي غير منتظر يكون قد أغرق مساحة كبيرة من الأرض أو غارة غير منتظرة من الجراد أو انتشار وباء. (٦٥٦)

وعلى ذلك فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين كافلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله لا تكفي لتطبيق أحكام نظرية الحوادث الطارئة في ظل القانون الوضعي . (٦٥٧)

وبعد بيان مفهوم الاستثنائية من وجهة نظر القانون الوضعي فاننا نحاول مقارنة ذلك بالوضع في شريعتنا الغراء لنعرف مدى التطابق والاختلاف بين الوضعين .

بالنسبة لنظرية العذر فانه لا يشترط كون العذر استثنائيا أي مما يندر وقوعه فأي عذر يطرأ للمتعاقد يعد ظرفا طارئا يجيز له طلب الفسخ .

فلحوق الدين بالمؤجر يجيز له طلب الفسخ اذا لم يستطع أداء الدين الا ببيع العين المؤجرة وكذلك عجز المؤجر عن تدبير نفقته أو نفقة أقاربه . (٦٥٨)

وبالنسبة للافلاس فانه يعد عذرا فاذا أفلس المستأجر وقام من السوق فله فسخ اجارة الحانوت بل انه يعد عذرا انتقاله من حرفة الى حرفة أي

---

٦٥٦ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ٢ ص ٣٨٢ .
٦٥٧ ــ د. السنهوري ــ العقد ــ ص ٨٧٣ .
٦٥٨ ــ رمز الحقائق للعيني ص ٢٠٤ ، الفتاوى الهندية ص ٤٤٤ .

أن المسألة ترجع الى محض اختياره . (٦٥٩)

ويعد من الأعذار كذلك مرض الدابة وخوف الطريق ونحو ذلك ولم ينكر أحد من الفقهاء المسلمين كونها أعذارا تجيز الفسخ .

أما بالنسبة لنظرية الجوائح فقد استعرضنا أمثلة لها مثل العفن الذى يصيب الثمار والجراد والطير الغالب والدود والعطش.

وغالب المذاهب على ماسنرى لا ترتب على الجائحة أثرا الا اذا كان المجاح من الثمار يبلغ ثلث الكمية كلها .

وعلى ذلك يمكن القول أنه بالنظر الى الجائحة فى ذاتها فاننا لا ندعى أن الاستثنائية وصفا فيها لأن العفن والدود والبرد من الأمور المألوفة التى تقع دوما ولقد تنبه واضعوا التقنين المدنى الجديد فى مصر لذلك فقد ورد فى مجموعة الأعمال التحضيرية بأن "انتشار الدودة ليس حادثا استثنائيا عاما لأنه خطر متوقع ". (٦٦٠)

أما بالنظر لاشتراط كون القدر المجاح يبلغ الثلث فهنا نقول أن الاستثنائية صارت وصفا عند من يقول باشتراط الثلث لأن من طبيعة الجائحة ألا تهلك الثلث أو اكثر فان بلغ ذلك فهو من باب النادر الاستثنائى وما دون ذلك فهو أمر عادى لا توضع فيه الجائحة .

ولذلك يقول ابن قدامة: "وان كان قليلا كالتى على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر فى العادة ولا يسمى جائحة ". (٦٦١)

---

٦٥٩ ــ البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٧ .
٦٦٠ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ ص٢٧٨ .
٦٦١ ــ المغنى لابن قدامة جـ٤ ص٩٦ .

البند الثانى

مدى اشتراط كون الظرف الطارئ عاما

تعنى العمومية كون الحادث الطارئ يشمل طائفة من الناس وبقعة شاسعة من أرض المصر الواقع فيه ان لم يشملها كلها كالفيضان العالى الذى يغمر مساحة عظيمة من أرض البلد وكذلك الوباء الذى ينتشر فيأتى على طائفة كبيرة من الحيوان أو الانسان .... الخ .

ويثور التساؤل هل يشترط كون الظرف الطارئ متصفا بالعمومية فى نطاق الشريعة الاسلامية ؟ .

للاجابة على ذلك نستعرض كلا من نظرية العذر والجوائح وكذا تقلب النقود .

بالنسبة لكل من نظرية العذر أو الجائحة نجد أن غالبية حالات فسخ الاجارة نتيجة حالات فردية كخوف الطريق أو انشغال ذمة المتعاقد بدين لا يستطيع أداءه الا من ثمن العين المؤجرة ..... الخ .

وكذلك الأمر بالنسبة لنظرية الجوائح اذ أنها تطبق على عقود بيع الثمار والحبوب والبقول على تفصيل نتعرض له فى موضعه .

ولكن لا يشترط كون الجائحة عامة حتى يمكن تطبيق أحكامها فالعفن قد لا يصيب الا ثمر حائط واحد فقط ومع ذلك توضع فيه الجائحة برغم أنه حادث فردى .

لكن يمكن القول بالعمومية فى حالة تقلب قيمة النقود لأن طبيعة هذا الحادث تعنى أنه لا يقع الا بأمر السلطان فى حالة عدم رواج عملة معينة

وأمر السلطان غالبا ما يطبق على المصر كله مما يضفى عليه صفة العمومية ٠

ويقال ذلك بالنسبة لزيادة أجر مثل دور الوقف لان زيادة أجر دار واحدة ليس بعذر يجيز فسخ اجارة الوقف بل لابد من زيادة أجر مثل عدد من الدور ليس دارين أو ثلاثة وانما عدد تتوافر معه صفة العمومية في الحادث٠ (٦٦٢)

كذلك توجد أعذار تتصف بصفة العمومية كالخوف العام الذى يعم أهل البلدة وانقطاع الطريق الذى يولد لدى العامة الخوف من المرور فى هذا الطريق٠ (٦٦٣)

---

٦٦٢ ـ البدائع للكاسانى جـ٤ ص٢٠٠ ٠

٦٦٣ ـ المغنى لابن قدامة٠ جـ٥ ص٤١٨ ٠

البند الثالث

مدى اشتراط كون الظرف الطارئ متوقعا

يعنى عدم توقع الحادث الطارئ أنه لم يرد بذهن المتعاقد أثناء ابرام العقد أن ظرفا طارئا سيقع اما لأنه لم يقع بعد أو لعدم قيام أمارات على ذلك.

وبنظرة خاطفة نلاحظ أن عدم التوقع يغنى عن وصف الاستثنائية لأن الظرف غير المتوقع لايكون الا استثنائيا يندر وقوعه ومع ذلك فان لكل وصف منهما دوره فى استكمال نطاق النظرية.

وبتطبيق وصف عدم التوقع على نظرية العذر نجد عدم وجود أثر له فى تلك النظرية.

ونسوق لذلك مثالا وهو قيام الولى باستئجار الصغير الذى فى ولايته فاذا بلغ هذا الصغير فالبلوغ يعد عذرا يجيز له طلب فسخ الاجارة.(٦٦٤)

نلاحظ فى هذا المثال أن بلوغ الصبى أمر متوقع لأنه من مظاهر السير الطبيعى لحياة الانسان ومع ذلك يعتبر البلوغ حادثا طارئا يجيز الفسخ.

كذلك الأمر بالنسبة لنظرية الجوائح فان شرط عدم التوقع ليس مطلوبا وان كان فى بعض أنواع الجوائح يفرض نفسه كما اذا تمثلت الجائحة فى فيضان غير متوقع أو جراد أو طير غالب.

الا أن الأمر ليس كذلك فى كل أنواع الجوائح فالعفن والدودة والعطش كل تلك الجوائح يمكن توقعها.

---

٦٦٤ ــ بلغة السالك جـ٣ ص١٥٦ ــ حاشية الجمل ص٥٥٧، قليوبى وعميرة جـ٣ ص٨٦، أسنى المطالب للأنصارى جـ٢ ص٤٣٣.

أما بالنسبة لتقلب قيمة النقود فالغالب فيها أنها غير متوقعة نظـــرا لأن الحاكم حينما يصدر أوامره برفع سعر بعض العملات أو خفضها فانمـــا يكون ذلك بمثابة مفاجأة للعامة لبعدهم عن مركز اتخاذ القرار ولم تجـــر العادة باشراكهم في اتخاذه ٠

البند الرابع

مدى تأثير ارادة المتعاقد على حدوث الظرف الطارئ

نعني بهذا الوصف مايقابل في القانون الوضعي عدم الارادية أى أنه لو كان لارادة الشخص دخل في احداث الظرف الطارئ أو تفاقم آثاره هل يستفيد من ذلك؟ أم لا ؟ .

ان مفهوم عدم الارادية يعني ألا يكون للمتعاقد الذى يتمسك بتطبيق أحكام الظروف الطارئة يد فيما حدث بالا يكون نتيجة خطأ أو اهمال منه ولم يتعمد ذلك.

فاذا ما اتضح لنا ذلك نستطيع القول بأن نظرية العذر لايشترط لتطبيقها كون المستأجر لم يرد الفعل الذى كان عذرا .

وبعبارة أخرى قد تلعب ارادة المستأجر دورا هاما في احداث العذر الذى يثبت له الخيار . ويرجع ذلك الى مبدأ هام في الشريعة الاسلامية ساقه صاحب البدائع ومضمونه أن الانسان لايجبر على الاضرار بنفسه . كذلك لايجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد . (٦٦٥)

ومن أمثلة ذلك من يستأجر شخصا لتنفيذ القصاص ثم بعد ذلك يعفو عن القاتل فذلك العفو عذر يجيز فسخ الاجارة وهو عمل ارادى . (٦٦٦)

وكذلك حمل الظئر المستأجرة للرضاعة فالحمل عمل ارادى ومع ذلك يعد عذرا في فسخ الاجارة . (٦٦٧)

---

٦٦٥ ــ الكاساني ــ البدائع جـ٤ ص١٩٨ .
٦٦٦ ــ مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب جـ٥ ص٤٣٢ .
٦٦٧ ــ البدائع للكاساني جـ٤ ص٢٠٠ .

وفى ذلك يقول بعض الفقهاء " ما يقتضى الانفساخ هو فوات المنفعة كمن أجر دابة معينة فتلفت ولو بفعل المستأجر فانها تنفسخ فى الباقى . (٦٦٨)

وبالنسبة لنظرية الجوائح فمن شروط تطبيقها ألا يكون للمتعاقد يد فى حدوث الجائحة .

وتتضح قيمة هذا الشرط اذا علمنا أن من بين أحوال الجائحة فعل الانسان عند البعض كالسارق والجيش الجرار .

ولذلك لو أتلف المشترى الثمار بفعله فيكون اتلافه بمنزلة قبضه لها قبضا تاما وليس له الحق فى المطالبة بالحط من الثمن مقابل ما تلف وعليه كل الثمن . (٦٦٩)

أما بالنسبة لنظرية تقلب قيمة النقود فالأصل أنه لا يد للمدين فيما حدث لأن تقلب قيمة النقود يتم بأوامر سلطانية لا يد للمدين ولا ارادة له فيها.

كذلك الأمر فى حالة زيادة أجرة المثل بالنسبة لدور الوقف لأن تلك الزيادة تتم بطريقة لا دخل لارادة المتعاقد فيها اذ تتم بعيدا عنه وبغير ارادته فى حين يطلب هو زيادة أجرة العين الموقوفة قياسا على زيادة أجرة أمثال تلك العين الموقوفة .

---

٦٦٨ ـ أسنى المطالب للأنصارى جـ٤ ص٤٣ ، البحر الزخار لابن المرتضى جـ٤ ص٥٩ .
٦٦٩ ـ الفتاوى لابن تيمية جـ٣ ص٢٦٣ .

البند الخامس

مدى امكانية دفع الظرف الطارئ

يتحدد مفهوم القدرة على دفع الظرف الطارئ باستطاعة المتعاقد على توقى هذا الظرف والتقليل من آثاره .

وتأخذ نظرية العذر بهذا الوصف اذ أن المتعاقد الذى يستطيع دفع الظرف الطارئ عنه لا يثبت له الخيار .

فاباق العبد لايثبت الخيار ان أمكن القبض عليه أو عودته من تلقاء نفسه . (٦٧٠) كذلك الأمر اذا استؤجرت الأرض للزراعة فيلتزم المؤجر بتوفير الماء لها فاذا انقطع ثبت الخيار للمستأجر الا اذا قام المؤجر بسوق الماء اليها من موضع آخر فيكون ذلك دفعا للظرف الطارئ وبالتالى مسقطا للخيار . وأيضا اذا اغتصبت العين المؤجرة فيثبت الخيار للمستأجر الا اذا قدر المؤجر على استعادة العين من الغاصب . (٦٧١)

وحاصل ماتقدم أن المستأجر لا يستفيد من أحكام الظروف الطارئة اذا كان من الممكن دفع الظرف الطارئ مع تحمل جزء يسير من الضرر يتمثل فى الحالة الأولى فى الصبر حتى يعود العبد الآبق مع مايترتب على ذلك من فوات بعض المنفعة التى كان يجنيها المستأجر من وراء خدمات هذا العبد صحيح أن الأجرة تسقط بمقدار مدة الاباق لأنها مضت دون استفادة المستأجر من نتاج عمل الآبق وقد يترتب على ذلك خسارات جانبية نتيجة لذلك كتوقف طاحونته وهجر العملاء لها ونحو ذلك .

---

٦٧٠ ــ بلغة السالك جـ٣ ص١٥٥ .

٦٧١ ــ حاشية قليوبى وعميرة جـ٣ ص ٨٤ ــ ٨٥ .

ويتمثل الضرر الذى يتحمله المستأجر فى المثال الثانى فى انتظاره مدة حتى يأتى له المؤجر بالماء من موضع غير الذى جف ماؤه ولا شك أن هذه المدة ستصيبه بضرر يتمثل فى موت وذبول بعض الزرع نتيجة عدم احتمال العطش.

ونتيجة لكل ذلك يقول بعض الفقهاء : " اذا قدر المغصوب منه على خلاص ما غصب منه بمال ولم يفعل فالظاهر أنه لا تنفسخ الاجارة اذ يلزم تخليصه بالمال حيث لا يقدر على خلاصه الا به ويرجع به على رب الشيء الذى خلصه له ". (٦٧٢)

وعلى العكس من ذلك اذا لم يستطع المستأجر دفع الظرف الطارئ بأن كان أمرا غالبا لا يستطيع دفعه فانه يستفيد من أحكام الظرف الطارئ بأن يثبت له الخيار ان شاء فسخ العقد .

ومن أمثلة ذلك : موت الصبى الذى عقدت اجارة الظئر لأجل ارضاعه والتغير فى ماء البئر الذى يمتنع به الشرب والوضوء . (٦٧٣)

ففى هذين المثالين نجد أن العذر يتمثل اما فى هلاك محل العقد أو تغيره وكلاهما لا يمكن دفعه ولذا يثبت للمتعاقد الخيار .

كذلك يثبت الخيار لعدم امكانية دفع الظرف الطارئ فى حالة غلق الحانوت بأمر السلطان فيجوز لمستأجر الحانوت الفسخ . (٦٧٤)

ومن النصوص الفقهية التى تؤكد ما ذهبنا اليه فى هذا الموضع قول

---

٦٧٢ ـ شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٧ ص٤٢ .
٦٧٣ ـ المهذب للشيرازى جـ١ ص٤٠٥ ـ ٤٠٦ .
٦٧٤ ـ بلغة السالك جـ٣ ص١٥٤ .

ابن يونس " كل مامنع المكترى من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب فهو بمنزلة مالو منعه أمر من الله كانهدام الدار أو امتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض فلا كراء عليه فى ذلك كله ". (٦٧٥)

— بالنسبة لنظرية الجوائح : —

بالنظر الى تعريف الجائحة وأنواعها يبين لنا أن الجائحة كقاعدة عامة لا يمكن دفعها . لأن الجائحة لا تكون الا بما يعجز الانسان عن دفعه . (٦٧٦)

ولقد ورد فى المدونة الكبرى أن : " الجراد جائحة عند مالك وكذلك النار والبرد والمطر والطير الغالب ... ". (٦٧٧)

ولا شك أن الأنواع التى ذكرت لا يمكن دفعها وعبر بالطير الغالب لأن ما يأكله الطير فى جماعاته العادية لا يعد جائحة وانما هو مما يتسامح فيه وجرى به العرف فضلا عن أنه يمكن دفعه بالوسائل العادية والتى جرى عليها عرف المزارعين . أما ان زاد حجم أعداد الطير عما هو مألوف فننتقل من المسموح به الى الموضوع عنه فتوضع الجائحة لأن الطير اذا بلغ هذا القدر لا يمكن دفعه فضلا عن أنه سيهلك غالب الثمر أو الحب .

من ذلك نستطيع القول بأنه يشترط حتى يمكن اعمال أحكام الجوائح وهو الحط من الثمن ألا يكون فى مقدور المتعاقد دفعها .

وتطبيقا لذلك يرى بعض الفقهاء أن الثمر الذى يتلفه آدمى سواء كان

---

٦٧٥ — التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل جـ٥ ص٤٣٣ .
٦٧٦ — بلغة السالك جـ٢ ص٥٢٣ .
٦٧٧ — المدونة الكبرى للامام مالك جـ١٢ ص٣٧ .

البائع أو المشترى أو اللص لا توضع فيه الجائحة ٠

فالبائع هو المسئول عن الثمار ويمكن له أن يمسك عن أفعاله التى تعد اخلالا بعقد البيع٠

والمشترى يعد مسئولا عن أفعاله ولذلك يكون اتلافه للثمار كقبضه لها٠

أما فى حالة اللص فلا توضع الجائحة كذلك لأن فعل اللص مما يمكن دفعه بجهد بسيط كحسن مراقبة البستان أو اقامة الحراسة عليه ٠ (٦٧٨)

— بالنسبة لتقلب قيمة النقود : —

قد يرجع تقلب قيمة النقود اما الى عدم رواج أنواع منها بتخفيض قيمتها مثلا أو يرجع الى زيادة أجر مثل العين الموقوفة المؤجرة ٠

أما بشأن عدم الرواج فلا سبيل الى دفعه لأنه يرجع الى أمر سلطانى لا يستطيع عموم المتعاملين دفعه لأنه ينفذ عليهم سواء رضوا بذلك أم لم يرضوا وباعتبار أن السلطان يتبعه دار سك العملة فضلا عن أن قيمتها فى التعامل تتحدد على أساس تلك الأوامر ٠

وأخيرا فان زيادة أجرة المثل بالنسبة للوقف فلا سبيل لدفعه كذلك اذ لا يد لطالب الفسخ فى ذلك ولا سبيل أمامه فى توقى آثاره خاصة وأن الزيادة تشمل مجموعة من الدور وليست دارا واحدة أو دارين ٠

---

٦٧٨ — الروض المربع بشرح زاد المستقنع طبعة ثالثه سنة ١٣٥١ هـ ٠

الفرع الثالث
أثر الظرف الطارئ

بداية نقرر أن أثر الظرف الطارئ يتمثل فى وقوع ضرر بالمتعاقد وهذا الضرر ليس من الآثار الطبيعية للعقد ولذا يجب معالجته بما يرفعه عن كاهل ذلك المتعاقد ·

ولا شك أن الضرر نوع من الارهاق يصيب المتعاقد نتيجة للظرف الطارئ ولذا كان من الواجب ازالة هذا الارهاق بما يتلاءم مع طبيعة العقد الذى نال أحد أطرافه الارهاق ·

فالظرف الطارئ فى عقد الايجار يتمثل فى العذر وفى بيع الثمار والبقول والزروع يتمثل فى الجائحة وفى حالة تقلب قيمة النقود يتمثل الظرف الطارئ فى عدم رواج بعض أنواعها أو تغير قيمة أجرة المثل كما فى الوقف ·

ـ أقسام الضرر : ـ

ينقسم الضرر عدة تقسيمات على النحو التالى : ـ

أولا : الضرر الشرعى : ـ

ويتمثل هذا النوع من الضرر فى الحرمة الناتجة عن المضى فى موجب العقد برغم قيام العذر الشرعى ·

ولقد رأينا ـ وسنرى أكثر من خلال عرض تطبيقات المذاهب ـ أن الأعذار الشرعية كثيرة منها من يستأجر طبيبا لقلع الضرس الوجعة ثم يزول الألم قبل عملية القلع · كذلك لو استؤجرت امرأة لكنس مسجد ثم حاضت قبل تنفيذ الاجارة أو أثناءها وقبل مضى المدة ·

وأخيرا من يستأجر طبيبا لقطع اليد المصابه بمرض الأكلة ثم تبرأ هذه اليد مما فيها قبل القطع .

وتتمثل الحرمة فى الأمثلة السابقة فى عدم جواز قطع عضو نافع من الجسم لأن الانسان مأمور بالمحافظة على أعضاء جسمه لأنه بسلامتها تستمر حياته وينتفع بها على الوجه الأكمل فضلا عن عدم جواز دخول الحائض المسجد لعدم طهارتها .

ثانيا : الضرر الحسى : —

ولهذا النوع من الضرر مظاهر شتى كما سبق لنا معرفته فى نظرية العذر .

فمنه ما يتمثل فى فوات المنفعة كمن أجر دابة فماتت أو دارا فانهدمت

ومنه ما يتمثل فى عدم استيفاء المنفعة كحبس العين المستأجرة من قبل غير المستأجر وهكذا .

ثالثا : الضرر الاقتصادى : —

وهذا الضرر يجد تطبيقاته فى النظريات الثلاث على النحو التالى : —

(١) نظرية العذر : —

ويتمثل الضرر الاقتصادى فى هذه النظرية فى كل عذر يطرأ للعقد ويجعل المضى فى موجبه يصيب المتعاقد بضرر فى ماله .

ومن أمثلة ذلك من يستأجر ابلا لنقل الطعام عليها ثم لا يخرج لاصابة تجارته بالكساد مثلا فذلك عذر والضرر هنا اقتصادى اذ فى الابقاء على اجارة الابل برغم عدم وجود غرض لذلك اتلاف لماله يتمثل فى تحميله أجرة تلك الابل من غير أن يحصل على منفعة مقابل ذلك .

وكذلك ضعف البصر فى الأجير للخدمة والضرر هنا يتمثل فى أن الابقاء على الاجارة يعنى أن المستأجر سيدفع أجرا مقابل منفعة تامة فى حين أن تلك المنفعة ليست كذلك اذ فى ضعف بصر الأجير تقليل للمنفعة المرجوة منه خاصة اذا كانت المهمة التى استؤجر لأجلها ترتكز أساسا على قوة الابصار كالحراسة والحياكة ونحوها .

(٢) نظرية الجوائح :ـ

يتمثل الضرر فى هذه النظرية فى قيام المشترى بدفع قيمة الثمار أو البقول كاملة فى حين أنها قد نقصت كميتها نتيجة للجائحة مما يعنى تحميله قدرا زائدا من المقابل دون أن يقابله جزء من المبيع .

(٣) نظرية تقلب قيمة النقود :ـ

وفى هذه الحاله يتمثل الضرر اذا كان الظرف الطارئ يتمثل فى عدم رواج بعض أنواع العملة فى الزام المدين بالوفاء بعملة شديدة الرواج وهو مايعنى اصابته بضرر يتمثل فى الفرق بين قيمة أقل العملات وبين أكثرها رواجا .

ومن ناحية الدائن فان فى اجباره على قبول السداد بأقل العملات رواجا اصابته بضرر يتمثل فى الفرق بين قيمة أقل العملات وبين اكثرها رواجا .

واذا كان الظرف يتمثل فى زيادة أجرة مثل العين الموقوفة فان الضرر يتمثل فى تحصيل المؤجر لأجرة تقل كثيرا عن أجرة المثل وهكذا .

ـ معيار الضرر :ـ

يثور التساؤل حول المعيار الذى يمكن على أساسه الاعتداد بالضرر

أو الارهاق الذى يصيب المتعاقد ؟ ٠

باستعراض نظرية العذر وتطبيقاتها نجد أن الضرر الذى يعتد به يكفى أن يكون شخصيا كما فى حالة حمل الظئ أو مرضها وبلوغ الصغير ومرض الأجير وغيره ٠

وطبيعى أن يعتد بالضرر اذا كان موضوعيا أى غير متعلق بذات المتعاقد كحالة الخوف العام أو اغلاق الحوانيت بأمر السلطان ٠

أما فى نظريتى الجوائح وتقلب قيمة النقود فيجب أن يكون الضرر موضوعيا اذ سنرى فى نظرية الجوائح أن معالجتها تقوم على معيار حسابى جامد فى أغلب الأحوال يتمثل فى مقدار الثلث من التلف الذى سببته الجائحة ٠ (٦٧٩)

---

٦٧٩ ــ المدونة الكبرى للامام مالك جـ١٢ ص٢٦ ــ ٢٩ بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ الفصل الثالث ص١٥٦ ٠

المطلب الثالث

تطبيقات العذر لدى فقهاء المذاهب الأربعة

عرف الفقه الاسلامى تطبيقات كثيرة لنظرية العذر وكان رائد فقهاء المسلمين فى القول بالعذر وعدمه هو تطبيق مبادئ العدالة وما يستتبع ذلك من ضرورة تحقيق المساواة بين العاقدين فى الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد وما أمر به الشارع الحكيم من ضرورة ازالة الضرر اذا ما عجز المتعاقد عن المضى فى موجب العقد بسبب الحادث الطارئ مسترشدين فيما ذهبوا اليه بنصوص الكتاب الكريمة وسنة سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠

والعذر قد يجيز الفسخ وقد لايجيزه ويمكن القول بأن حالات العذر المجيزة للفسخ كانت فى بعض مظاهرها محل اتفاق الفقهاء جميعهم أو بعضهم وما وراء ذلك فقد اختلفوا فيه وكذلك الحال بالنسبة للأعذار التى لاتجيز الفسخ ٠

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين : ـ

الفرع الأول : الأعذار التى تجيز الفسخ ٠

الفرع الثانى : الأعذار التى لاتجيز الفسخ ٠

الفرع الأول
الأعذار التى تجيز الفسخ

باستقراء كتب الفقه الاسلامى نلاحظ أن من الأعذار التى تجيز الفسخ ما كان محل اتفاق الفقهاء ومنها ماكان محل اختلافهم ٠

وعلى ذلك نقسم هذا الفرع الى بندين : —

البند الأول : الأعذار التى تجيز الفسخ وكانت محل اتفاق الفقهاء ٠

البند الثانى : الأعذار التى تجيز الفسخ ولم تكن محل اتفاق الفقهاء ٠

البند الأول
الأعذار التى تجيز الفسخ وكانت محل اتفاق الفقهاء

اتفقت كلمة الفقهاء أو بعضهم على مجموعة من الأعذار التى تجيز الفسخ سواء كانت فى جانب المستأجر أم فى العين المؤجرة ٠

أولا : الأعذار التى فى جانب المستأجر : —

(١) مرض المستأجر أو موته : —

اتفق الأحناف والحنابلة على أن مرض المستأجر أو موته يكون عذرا يجيز الفسخ ٠

فيرى الأحناف أن المرض الذى يصيب المستأجر يعد عذرا اذا ترتب عليه عدم القدرة على استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها ويأخذ حكم المرض موت المستأجر فلو مات من استأجر دابة ليسافر عليها فاذا مات قبل بداية السفر وبعد ابرام العقد فلا شئ عليه أما ان مات بعد مسافة

من السفر وجب عليه أداء الأجرة بقدر المسافة ويفسخ العقد بالنسبة لجزئه الذى لم ينفذ . (٦٨٠)

ولقد توسع الأحناف فى مفهوم الموت الذى يجيز فسخ الاجارة فشمل عندهم فضلا عن الموت الحقيقى الموت الحكمى ومن صوره الارتداد عن الاسلام . (٦٨١)

ويلحق بتلك الحالة كذلك اذا استأجر الرجل لنفسه ثم مات فان الاجارة تنفسخ ولا ينتقل العقد الى الورثة لأن الانتقال من المورث الى الورثة لا يتصور فى المنفعة لأن عقد الايجار ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث (٦٨٢)

والحنابلة وان كانوا يتفقون مع الأحناف فى أن هذا العذر يجيز الفسخ الا أنهم قيدوا ذلك بعدم وجود من يخلف المستأجر فى استيفاء منفعة العين المؤجرة فلو وجد هذا الخلف ما انفسخت الاجارة والعكس صحيح . (٦٨٣)

(٢) موت الرضيع : ـ

اتفق الشافعية والحنابلة على أنه اذا مات الصبى الذى عقدت الاجارة لأجل ارضاعه فذلك عذر يجيز فسخ الاجارة لفوات المنفعة بهلاك محلها . (٦٨٤)

---

٦٨٠ ـ الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٥ ـ ٤٤٦ .

٦٨١ ـ البحر الرائق بشرح كنز الدقائق لمحمد بن حسين بن على المشهور بالطورى جـ٨ طبعة أولى ـ المطبعة العلمية بمصر ١٣١١ هـ ص٤١ .

٦٨٢ ـ فتح القدير جـ٧ ص٢٢٢ .

٦٨٣ ـ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ـ مختصر المقنع جـ٢ ص١٠١ ومابعدها .

٦٨٤ ـ المهذب للشيرازى جـ١ ص ٤٠٥ ومابعدها ، الروض المربع ـ =

ولا يمكن القول بامكان اقامة صبى آخر محله مع مايعنيه ذلك من استمرار الاجارة وذلك لاختلاف الصبيان فى الرضاع وتختلف كمية اللبن كذلك باختلافهم فانه يكثر ادراره لأحد الولدين دون الآخر ·

يضاف لذلك أن الظئ ربما رضيت بالعقد لاعتبارات خاصة فى الولد الرضيع لا تتوافر فى غيره ·

ونتيجة لهذا الاعتبار الأخير يجيز الشافعية استمرار العقد لو تراضى أهل الولد على احلال غيره محله وقبلت الظئ ذلك ·

(٣) زوال ألم الضرس: ـ

اتفق الفقهاء الأربعة على أنه اذا استأجر الشخص طبيبا ليقلع له السن المؤلمه ثم قبل ان يباشر الطبيب مهمته زال ألم الضرس فان زوال الألم يعد عذرا به يجوز فسخ الاجارة · (٦٨٥) لما يتسبب عنه للمستأجر ان هو مضى فى موجب العقد بالرغم من زوال الألم فيفقد بذلك عضوا صالحا من جسمه ·

على أنه لايمكن القول بابقاء العقد بمظنة عودة الألم مرة أخرى لأن ذلك من بين الأمور الاحتمالية التى قد تحدث وقد لاتحدث فلا يجوز

= المرجع السابق نفس الموضع، المغنى لابن قدامه جـ٥ ص٤٥٦ ، كشاف القناع على متن الاقناع جـ٤ ص١٨ ·

٦٨٥ ـ تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص١٤٥ ، حاشية ابن عابدين ص ٧١ ، الفتاوى الهنديه ص٤٢٣ ـ مواهب الجليل ـ شرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الرحمن الحطاب جـ٥ ص٤٣٢ ومابعدها ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ٥ ص٣١٢ ـ ٣١٣ ، المهذب للشيرازى المرجع السابق نفس الموضع، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٤٩٥ ·

الأخذ بالاحتمال وترك اليقين المتمثل فى زوال الألم وبالتالى انتفاء العلة من الابقاء على العقد فالقاعدة أن اليقين لايزول بالشك . (٦٨٦)

ويثور التساؤل : اذا لم يبرأ الضرس من الألم فهل يجوز لصاحبه فسخ الاجارة ان بداله ألا يقلع برغم استمرار الألم ؟ .

يرى الحنابلة جواز ذلك لأن اتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل وانما أبيح اذا صار بقاؤه ضررا وذلك يرجع تقديره للانسان اذا كان أهلا للتقدير بأن لم تكن به عاهة تفقده التمييز وحسن الاختيار أما اذا انقلع الضرس ذاتيا بأن سقط فى فم الشخص لضعف جذره بسبب السوس ونحو ذلك انفسخت الاجارة وتكون العلة عند الحنابله تعذر استيفاء المعقود عليه وهو ازالة الألم بقلع الضرس الذى انقلع فعلا . (٦٨٧)

وقد اتفق فقهاء الأحناف والشافعية والحنابلة على أنه يلحق بالحالة السابقة حالات أخرى لاتحاد العلة (٦٨٨) كمن استأجر طبيبا لقطع اليد المصابة بداء الأكلة ولكنها تبرأ قبل قيام الطبيب بمهمته .

وكذلك حالة من استأجر انسانا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو هدم الدار أو قطع الشجر ثم بداله ألا يفعل فتفسخ الاجارة لأن فى تقصير الثوب أو قطعه نقصان عاجل فى المال وفيه ضرر . كذلك فى هدم الدار وقطع الشجر اتلاف للمال .

---

٦٨٦ ـ المهذب ـ المرجع السابق نفس الموضع .

٦٨٧ ـ كشاف القناع ـ المرجع السابق جـ٤ ص١٨ .

٦٨٨ ـ نهاية المحتاج ـ المرجع السابق نفس الموضع، بدائع الصنائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٨، المغنى لابن قدامه المرجع السابق نفس الموضع .

(٤) العفو عن القصاص: ـ

اتفق كل من المالكية والشافعية على أنه اذا استأجر ولى الدم شخصا ليقتصله من القاتل ثم رأى العفو عن القاتل اما لقبول الدية أو لوجه الله تعالى فهذا العفو يعد بمثابة عذر يجيز فسخ الاجارة ٠ (٦٨٩)

والعلة فى ذلك واضحة اذ بعفو ولى الدم تصبح الاجارة بغير غرض بعد فوات محلها مما يعد عذرا يجيز فسخها ٠

ثانيا : الأعذار التى فى جانب العين المؤجرة : ـ

(١) غصب الدار أو غصب منفعتها : ـ

عقد الايجار من العقود التى ترد على المنافع بمعنى أنه اذا لم تحصل المنفعة المرجوة منه فلا يستحق المؤجر الأجر المتفق عليه فى العقد ولا يلزم المستأجر بدفع الأجرة ٠

وجريا وراء تلك العلة اتفق كل من الشافعية والحنابلة والمالكيةعلى أن عدم استيفاء المستأجر لمنفعة العين يعد عذرا يجيز له الفسخ ٠

ويستوى أن يكون عدم استيفاء المنفعة بسبب غصب العين المؤجرة أو حبسها عن المستأجر ٠

فيرى الحنابلة أن غصب العين المؤجرة يعد بمثابة خلل فى المعقود عليه يحول بين المستأجر وبين انتفاعه بالعين المؤجرة فان وقع الغصب قبل استيفاء المستأجر لمنافع العين انفسخت الاجارة وسقط الأجر أما ان كان الغصب أثناء مدة الاجارة انفسخت بالنسبة للمستقبل وعلى المستاجر أجرة

٦٨٩ ـ مواهب الجليل للحطاب ـ المرجع السابق نفس الموضع ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٤ ٠

مامضى من زمن الانتفاع. (٦٩٠)

ويضيف الشافعية بأن حبس العين من قبل المؤجر يعد عذرا يجيز للمستأجر طلب الفسخ حتى لو كان المؤجر قد حبسها كوسيلة لقبض الأجرة وتفصيل ذلك أن المؤجر يلتزم فضلا عن ضمان الانتفاع للمستأجر يلتزم بتقديم منفعة العين أولا بأول فاذا حدث خلل بالعين المؤجرة من جانبه فان معنى ذلك أن المستأجر لن يحصل على المنفعة فى تلك الحالة.(٦٩١)

ومع اتفاق المالكية مع كل من الحنابلة والشافعية فيما ذهبوا اليه الا أنهم اشترطوا فى غصب العين أن يكون الغاصب ممن لاتنالهم الأحكام بمعنى أن يكون حاكما للبلدة يأمر فيطاع ولا يستطيع أحد محاسبته لتترسه بأتباعه وشدة ظلمه ولا سبيل لدفع هذا الظلم مما يعد تعذرا للمستأجر يجيز له طلب الفسخ . (٦٩٢)

(٢) نقص منفعة المعقود عليه أو انعدامها : ــ

من المعلوم أن الغاية من ابرام عقد الايجار من ناحية المستأجر هى تحصيل منافع العين المؤجرة وتلك المنافع لاتحصل مرة واحدة وانما تحدث شيئا فشيئا ولذا كان الزمن من بين العناصر الجوهرية لمثل هذا العقد .

ومن ناحية أخرى لاتؤتى العين المؤجرة الثمار المرجوة منها الا اذا كانت فى حالة تسمح لها بذلك وفقا لطبيعتها ولما جرى عليه صحيح عرف التعامل .

٦٩٠ ــ الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى ص٥٨ ومابعدها.
٦٩١ ــ حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصارى جـ٢ ص٥٥٧ ومابعدها.
٦٩٢ ــ بلغة السالك جـ٣ ص١٥٤ .

وانطلاقا من العلة السابقة فقد اتفق الأحناف والحنابلة والشافعية على أن الشخص اذا استأجر دارا أو دابة فانهدمت الدار وماتت الدابة أوانهدم من الدار مالا يمكن معه استيفاء منفعتها فان ذلك يعد بمثابة عذر يجيز للمستأجر فسخ الاجارة. (٦٩٣)

وكذلك الحال بالنسبة للدابة اذا لحقها عيب ينقص من منفعتها كما اذا كانت جموحا أو عضوضا أو نفورا أو تعثر ظهرها فى المشى أو بها عرج يجعلها تتأخر عن القافلة. ان كانت تسير فى قافلة أو تأخرها عن الوصول لهدفها فى نفس الموعد الذى تصل فيه دواب المثل. (٦٩٤)

ويلحق بالحالات السابقة ما اتفق عليه كل من الأحناف والحنابلة والمالكية من أن مرض العبد أو هروبه يعد عذرا يجيز الفسخ لأن القصد من اجارة العبد هو الاعتماد على قوته العضليه أو على موهبته لتحصيل المنافع من وراء ذلك فاذا مرض نقصت المنفعه التى تحصل من جهته أما اذا هرب أى أبق فينعدم تحصيل المنفعه كلية فاذا ما الزمنا المستأجر بالمضى فى موجب العقد رغم ماحدث كان ذلك بمثابة التزامه بضرر لم يلتزمه بالعقد وهو أمر غير جائز. (٦٩٥)

ويضع المالكية لتلك الحالة عدة ضوابط فيشترطون ألا يرجع العبد أو يبرأ

---

٦٩٣ ـ الكاسانى جـ٤ ص١٩٩، كشاف القناع المرجع السابق نفس الموضع، حاشية الجمل. المرجع السابق نفس الموضع، قليوبى وعميرة ص٨٤.

٦٩٤ ـ الأنوار لأعمال الأبرار جـ١ ص٤١٣ ومابعدها، المهذب ـ المرجع السابق ص٤٠٥ ومابعدها.

٦٩٥ ـ المدونة الكبرى للامام مالك جـ١١ ص١١٧، المبسوط للسرخسى جـ١٦ ص١٥ ـ ١٧، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٧٦، الانصاف للرداوى ـ المرجع السابق ص٥٨ ومابعدها.

قبل الفسخ فاذا عاد أو صح من مرضه خلال مدة الاجارة وقبل انقضائهـــا فيستمر العقد ويسقط من الأجر عن العبد مايقابل أيام الهرب أو المـــرض ونفس الوضع اذا هربت الدابة أو مرضت. (٦٩٦)

ويفرق الحنابلة بين أمرين : ـ

ـ الأول : ـ

اذا كان الشخص قد استؤجر لصفات معينة قدرها المستأجر فيه ولا يرضى بدلا منه للقيام بهذا العمل تقديرا لتلك الصفات فحكم هذه الحالـــة أن تعذر القيام بالعمل لمرض ونحوه يجيز الفسخ كمن يستأجر شخصا لنسخ كتاب مثلا .

ـ الثانـــي : ـ

اذا لم يقصد المستأجر فى الأجير صفاتا معينة ولكنه استأجره وكـــان يمكن أن يحل غيره محله ففى هذه الحالة لا يعد مرض الأجير عذرا يجيـــز الفسخ وانما يقام غيره مقامه فى أداء العمل المستأجر لأجل القيام به والأجرة تكون على المريض. كمن يستأجر لقلع زرع من الأرض. (٦٩٧)

وتعليقا على ماذهب اليه الحنابلة أريد أن اوضح نقطة قد توقـع فـــى اللبس وهى كون أن الأجرة على المريض فليس معنى ذلك أنه يغرم من مالـــه ولكن الزامه بأداء الأجرة لكونه قد سبق له تحصيلها من المستأجر فكـــأن الأجير الجديد قد استؤجر من باطن الأجير المريض فيكون بمثابة نائب عنـــه فلا يلتزم المستأجر قبله بأجر جديد والا كان ذلك بمثابة أداء الأجر مرتـين عن عمل واحد وهو غير جائز .

---

٦٩٦ ـ بلغة السالك المرجع السابق ص ١٥٥ .

٦٩٧ ـ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ـ مختصر المقنع جـ ٢ ص ١٠١ ومابعدها.

واستصحابا للعلة السابقة فلو كان الأجير يستحق أجره يوما بيوم مثلا ومرض ولم يحضر صبيحة اليوم التالى الذى لم يأخذ عنه أجره بعد فان من حل محله يحصل على أجره من المستأجر ٠

وتمشيا مع العلل السابقة فلقد اتفق كل من الشافعية والحنابلة على أن ضعف البصر لدى الأجير يعد عذرا يجيز الفسخ ٠ (٦٩٨)

ولا شك فى معقولية هذا العذر لجواز الفسخ خاصة وأن اجارة الأشخاص تبرم لأهداف متعددة من بينها الاستفادة من الملكات التى أنعم بها الله على عباده بحسب طبيعة العقد ٠

فاذا كان العقد عقد حراسة فلاشك أن قوة الابصار وحدته من مطلوب المستأجر وكون الأجير ضعيف البصر فانه يتعارض مع الغاية من العقد مما يجيز طلب الفسخ لفوات المنفعة ٠

وأخيرا فهناك حالة تؤدى الى نقص أو انعدام المنفعة المرجو تحصيلها من المعقود عليه وهى حالة اصابة الأجير بالجزام أو البرص وقد اتفق الشافعية والحنابلة على أن الاصابة بأحد هذين المرضين يؤدى الى خلل شديد فى المعقود عليه فينقص أو يعدم المنفعة المرجوة منه ٠ (٦٩٩)

ولا شك فى وضوح العلة من الفسخ فى تلك الحالة اذ الجزام والبرص من الأمراض المعدية فلو أن شخصا قد استأجر آخر للقيام ببعض الأعمال فان ذلك قد يتطلب الاحتكاك بالآخرين خاصة لو كانت الأعمال التى تقدم

---

٦٩٨ ـ المهذب للشيرازى ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع ، كشاف القناع المرجع السابق نفس الموضع ٠

٦٩٩ ـ الأنوار لأعمال الأبرار المرجع السابق نفس الموضع ، كشاف القناع المرجع السابق نفس الموضع ٠

من الأجير تتمثل فى تجهيز أو اعداد الأطعمة وتقديمها أو القيام على رعاية الحيوانات وحلبها مثلا أو نحو ذلك من الأعمال ٠ فلو كان هذا الأجير مصابا بالجزام أو البرص أو غيرها من الأمراض المعدية فان العدوى ستنتقل لكل من يتعامل معهم ذلك المريض٠

ولا شك أن مثل تلك الحالة تعد من أظهر الأعذار التى تجيز طلب الفسخ لتعذر تحصيل المنفعة الا بكبير ضرر يفوق حجم المنفعة٠

وأود أن ألفت النظر لنقطة هامه وهى أن هذه الحالة تفترض طروء المرض على الأجير بعد ابرام الاجارة وليس قبل ذلك لأنه لو كان المرض قائما وقت ابرام العقد لكان ذلك بمثابة العيب الذى اطلع عليه المستأجر وقت العقد وثبت له به الخيار ويكون مضيه فى موجب العقد رغم ذلك اسقاط ضمنى لخياره فلا يقبل منه بعد ذلك طلب الفسخ ٠ (٧٠٠)

ويلحق بالحالات السابقة ما اتفق عليه الأحناف والشافعية من أنه اذا استأجر الرجل الرحى فانقطع عنها الماء فان ذلك عذر يجيز فسخ الاجارة (٧٠١)

وكذلك الحال لمن يستأجر أرضا فينقطع ماؤها و يجف زرعها أو لا يمكن زراعتها ابتداء وأيضا لو غرقت الأرض بالماء فان ذلك يتلف المزروعات٠

وهذا العذر محل اتفاق بين الأحناف والحنابلة٠ ويزيد الأحناف حالة ما اذا أصاب الأرض المستأجرة تراب لا تصلح معه للزراعة٠ (٧٠٢)

---

٧٠٠ ــ د٠ محمد يوسف موسى ــ الفقه الاسلامى ــ مدخل لدراسته ــ نظام المعاملات فيه طبعة ١٩٥٨ ص٤٨٤ ٠

٧٠١ ــ المبسوط للسرخى جـ١٦ ص٣١ ، فتح القدير جـ٩ ص ١٤٤ ، المهذب للشيرازى ــ المرجع السابق نفس الموضع٠

٧٠٢ ــ المبسوط للسرخى ــ جـ١٦ ص١٧ ــ الانصاف للرداوى ــ المرجع السابق نفس الموضع ٠

كما اذا ألقيت عليها مواد كيماوية تعوق عملية الانبات أو تحرق النبات القائم على عوده ·

وفى زماننا الحاضر نلاحظ كثيرا مثل هذه الحالة من قيام طائرات العدو برش الأراضى الزراعية بمواد كيماوية تحرق المزروعات أو تجعل التربة غير صالحة للانبات·

ومن بين الحالات التى تنقص من منفعة المعقود عليه أو تعدمها تلك الحالة التى اتفق عليها فقهاء الحنابلة والشافعية والتى مفادها أنه اذا استأجر الشخص بئرا للاستفادة من مائها ثم حدث أن جفت البئر أو تغير ماؤها بحيث يمتنع الشرب أو الوضوء منها فان ذلك يكون عذرا يجيز للمستأجر فسخ العقد · (٧٠٣)

(٣) بلوغ الصبى : ـ

لا شك أن الصبى قبل البلوغ تكون ارادته اما منعدمة أو قاصرة على تفصيل فى ذلك ليس هذا موضعه وانما الذى يجب التنويه له أن مثل هذا الصبى لا تعتبر تصرفاته الا من خلال وليه أو وصيه والذى تترك له الحرية فى أن يعمل مايراه فى صالح من هو فى ولايته سواء بالنسبة لنفسه أو ماله · ومن ذلك تأجير الصبى للعمل لدى الآخرين وتبرم الاجارة بين ولى الصبى وبين المستأجر ·

فاذا مابلغ الصبى فان ادراكه يكتمل ويستطيع التمييز بين ماينفعه وما يضره ولذا يثور التساؤل عن مصير العقود التى أبرمت بمعرفة وليه ومنها اجارته ؟ ·

٧٠٣ ـ كشاف القناع ـ المرجع السابق نفس الموضع ، الأنوار لأعمال الأبرار الموضع السابق ·

يجيب على هذا التساؤل كل من المالكية والأحناف والشافعية الذين اتفقت كلمتهم على أن بلوغ الصبى يعد عذرا يثبت له خيار فسخ الاجارة ان بدا له ذلك. (٧٠٤)

ويستثنى المالكية من ذلك كون الاجارة لمدة معلومة وقد ظن الولى ان الصبى لن يصل الى البلوغ خلال تلك المدة ولكنه بلغ ولم يبق منها الا زمنا يسيرا كشهر مثلا فهنا لا يثبت الخيار للبالغ بل تستمر الاجارة حتى تستوفى مدتها اعمالا لظن الولى وقصر المدة الباقية من الاجارة.

وعلى العكس ان آجر الولى من فى حجره ثلاث سنين ولم يكن يظن أنه سيبلغ خلال هذه المدة ولكن الصغير احتلم بعد سنة فمعنى ذلك أن الباقى من الاجارة سنتان ففى هذه الحالة يثبت الخيار للصغير ولا نرغمه على المضى فى موجب العقد لأن فى الابقاء عليه رغم حلمه اضرار به ضررا لم يستحقه بالعقد . (٧٠٥)

ويلحق الشافعية بالحالة السابقة الرقيق بجامع عدم حرية الاختيار بينهما فاذا كان الصغر فى الصبى لا يتيح له الاختيار القائم على وزن الأمور لعدم اكتمال عقله فان الرقيق ليس غالبا كذلك بل قد تكون لديه من رجاحة العقل ما يفوق ما عند سيده ولكن الرق عارض يحول دون حرية الاختيار فكأن عدم صلاحية الرق للتصرف بدون اذن وليه انما هو مانع اعتبارى أى باعتبار حاله من الرق.

ولكن اذا أعتقه سيده حال كونه أجيرا لدى شخص آخر فانه يكون بذلك

---

٧٠٤ ــ الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٤ ، حاشية الجمل المرجع السابق نفس الموضع. بلغة السالك المرجع السابق ص١٥٦ .

٧٠٥ ــ بلغة السالك الموضع السابق.

قد استرد كامل حريته فان قدر أن تلك الاجارة ليست فى صالحه كان لـــه الفسخ تذرعا بأنه مضى فيها دون ارادة له ٠ (٧٠٦)

(٤) حمل الظئ أو مرضها :ـ

يبرم عقد الارضاع بين الظئ (المرضعة) وبين أهل الطفل الرضيع ولا شك أن المنفعة المرجوة من هذا العقد تتمثل فى اعطاء الظئ لبنهـــا لهذا الطفل الصغير ٠ وهذا العقد جائز شرعا لقوله تعالى: "وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم ".(٧٠٧)

الا أنه قد يطرأ على الظئ مايحول دون تحقق المنفعة المرجوة مـــن العقد ٠ فقد يجف لبنها كاصابتها بمرض يؤدى الى ذلك أو يستمر تدفق اللبن الا أنه مع اجتماع المرض يضر الرضيع ولا يفيده أو تمرض بمرض معدى يخشى معه على صحة الرضيع وسلامته ٠

ويثور حينئذ التساؤل عن مدى لزوم الاجارة والحال كذلك؟ ٠

أجاب الأحناف والمالكية على ذلك بأن ماحدث للظئ يعد عذرا يجـــيز لأهل الرضيع فسخ العقد لفوات المنفعة ٠ (٧٠٨)

الا أن الأحناف يلحقون بما سبق حالات أخرى تعد بمثابة أعذار تجيز طلب فسخ اجارة الظئ ٠ وتلك الحالات تتمثل فى رغبة أهل الرضيع الانتقال

---

٧٠٦ ـ قلبوبى وعميره جـ٣ ص٦٨ ٠

٧٠٧ ـ سورة البقرة آية (٢٣٣) ٠

٧٠٨ ـ الفتاوى الهندية ـ المرجع السابق ص٤٤٦ ، المبسوط للسرخسى ـ المرجع السابق نفس الموضع ، الكاسانى جـ٤ ص١٩٩ ٠ بلغـــة السالك ص١٥٥ ، المرونة الكبرى جـ١١ ص٨٤ ٠

لبلد آخر وتمتنع الظئر عن مصاحبتهم فيعد امتناعها هذا عذرا يجيز الفسخ ٠

كذلك قد يتعيب أهل الظئر بتلك المهنة فان كان كذلك فلهم اخراجها وفسخ العقد لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة اذا دخل فيها يلحقه العار فكذلك الظئر اذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلأهلها الفسخ لأنهم يعيرون بذلك وفى المثل السائر : " تجوع الحرة ولا تأكل بثديها " . (٧٠٩)

يضاف لكل ماسبق ما أورده الكاسانى فى بدائعه بقوله : " ٠٠ أوتحمل الظئر لأن لبن الحامل يضر بالصبى أو تكون سارقة لأنهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبى " (٧١٠) ٠

٧٠٩ ـ الكاسانى ـ المرجع السابق ص١٩٩ ٠
٧١٠ ـ المرجع السابق ص ٢٠٠ ٠

البند الثانى

الأعذار التى تجيز الفسخ وكانت محل اختلاف الفقهاء

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة فى أحوال يطرأ فيها العذر ويجيز للمستأجر أو المؤجر فسخ الاجارة الا أنهم لم يتفقوا حول عذر معين بل راح كل مذهب يردد أعذارا تجيز الفسخ دون أن تكون هى بعينها لدى المذاهب الأخرى وعلى هذا نستعرض هذه الأعذار مع الاشارة الى من قالوا بها سواء كانت فى جانب المستأجر أو المؤجر أو العين المؤجرة .

أولا : الأعذار التى فى جانب المستأجر : –

(١) اذا أفلس المستأجر فيقوم من السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من حرفة فان ذلك بمثابة عذر يجيز له فسخ الاجارة عند الأحناف. (٧١١)

ويلحق بهذه الحالة عند الأحناف كذلك من استأجر حماما فى قرية مدة معلومة فنفر الناس ووقع الجلاء فلا يجب الأجر . (٧١٢)

وتدور هذه الحالة حول قيام شخص باستئجار حمام فى قرية ما كى يؤجره بمقابل لاستحمام أهل القرية ولكن لسبب ما هجر أهل القرية منازلهم ورحلوا عن القرية فذلك يعد عذرا يجيز طلب الفسخ برغم أن العذر بعيد عن أطراف العلاقة الايجارية الا أنه لما كانت العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما فان العلة من الاجارة فى هذه الحالة هو استغلال الحمام ولن يتأتى ذلك الا بوجود الناس بجواره أما وقد رحلوا فيكون فى الابقاء على العقد ضرر فادح يصيب المستأجر مما يجيز له طلب الفسخ وفى نظرى

---

٧١١ – الكاسانى المرجع السابق ص١٩٧ ، الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٤ .
٧١٢ – الفتاوى الهندية – المرجع السابق ص٤٦٣ .

أنه يلحق بهذه الحالة من اكترى فندقا وهجر أهل المنطقة المكان فقل وارده أو انعدم .

(٢) من استأجر ابلا الى مكة ثم بداله ألا يخرج :ـ

يكمن مضمون تلك الحالة فى أن شخصا أبرم عقد كراء الابل قاصدا استخدامها الى مكة ثم بانت له أمارات تشير الى حدوث ضرر له لو أتم هذا السفر ففى هذه الحالة يرى الأحناف أنه لايجبر على المضى فى موجب العقد لأن فى اجباره على ذلك اجبار له على التزام ضرر لا يلتزمه بالعقد مما يثبت له خيار الفسخ . (٧١٣)

الا أنه لما كان هناك احتمال التذرع بمظنة الضرر كوسيلة للتخلص من تبعة الاجارة وهى لزوم الأجرة فان لصاحب الدابة ان كان لديه الدليل على عدم صدق المستأجر فيما يدعيه فان له أن يثبت ذلك ويظهره للقاضى وهنا لايخرج الأمر عن أحد فرضين :ـ

ـ الأول :ـ

ألا يخرج المستأجر فعلا للسفر وهنا يكون صادقا فى كلامه .

ـ الثانى :ـ

أن يخرج للسفر وهنا يصح ادعاء صاحب الدابة وفى هذه الحالة يلتزم المستأجر بأجر الدابة لأن ما أتاه هو من قبيل العبث بمقدرات العقد وهو أمر غير جائز .

(٣) عدم صلاحية موضع البئر للحفر :ـ

تتبلور هذه الصورة فى أن شخصا استأجر من يحفر له بئرا ففوجى

---

٧١٣ ـ الكاسانى ـ المرجع السابق ص ١٩٨ .

الأجير بأن أرض الحفر ليست صالحة لذلك اما لشدة صلابتها وكثرة الأحجار بها أو على العكس وجدها رخوة فخشى التلف.

وعدم صلاحية التربة يعد عذرا يجيز فسخ الاجارة عند الأحناف (٧١٤) ونرى أن هذا العذر ذو شقين : —

ـ الأول : ـ

أن المستأجر قام بحفر البئر ثم وجد الأرض صلبة بها أحجار فهنا تكون صلابة الأرض عذرا يجيز الفسخ نظرا لأن المضى فى موجب العقد يحتاج منه لمزيد من المشقة لم يتطرق لها الاتفاق التعاقدى خاصة وأن العقد ينصرف فى أحكامه الى المألوف من الأمور والمعتاد منها وكون الأرض صخرية يخرج بها عن مألوف التعاقد اذ لو علم المستأجر بحالتها تلك لكان للاتفاق على الأجرة شكل آخر.

ـ الثانى : ـ

أن المستأجر وهو بصدد حفر البئر وجد الأرض رخوة بطريقة يخشى معها أن تنزلق به فى الأعماق فيختنق ويموت أو تتلف بعض أعضائه فكان ذلك بمثابة عذر يجيز له طلب الفسخ.

(٤) خوف المستأجر من العسكر أو من رجم الجن فى الدار المؤجرة : —

قال بهذه الحالة الأحناف اذ ورد فى الفتاوى الهندية أنه قد عرضت قضية من هذا القبيل على القاضى بديع الدين تخلص فى أن شخصا قام باستئجار دار للسكن وبعد مضى مدة وهو فى الدار تركها خوفا من عسكر خوارزم فانتهز المالك فرصة خلو الدار وأجرها لشخص آخر وبعد أن زال

---

٧١٤ ـ المرجع السابق نفس الموضع .

سبب خوف المستأجر الأول عاد وطالب المالك بتسليمه الدار مرة أخرى ولقد فرق القاضى بديع الدين فى بيان رأيه بين فرضين : ـ

ـ الأول : ـ

اذا كان المستأجر قد ترك الدار قاصدا من ذلك فسخ العقد بسبب الخوف فذلك عذر مقنع وبذا تفسخ اجارته ·

ـ الثانى : ـ

اذا تركها لأى سبب غير قصد الفسخ فيعد مالك الدار غاصبا لأنه قام باجارتها حيث كانت مؤجرة · (٧١٥)

ولقد علق البيرى فى حاشية ابن عابدين على مسألة الرجم بقوله : " ان الرجم الذى يقع كثيرا فى البيوت ويقال أنه من الجان عذر فى فسخ الاجارة لما يحصل من الضرر " · ولقد عقب ابن عابدين على قول البيرى بقوله : " يظهر هذا لو كان الرجم لذات الدار أما لو كان لشخص مخصوص فلا " . (٧١٦)

ويبين من كلام ابن عابدين أن الرجم الذى يجيز الفسخ هو ذلك الرجم الذى توصف به الدار فيكون بمنزلة العيب فى العين المؤجرة مما ينقص من منفعتها وقد يعدمها أما لو كان الرجم من مطلق توهم الشخص ذاته فلا يعد عذرا يجيز فسخ الاجارة ·

(٥) الخوف العام : ـ

اذا أبرم الشخص عقد ايجار لدار يسكنها ثم حدث أن عم الخوف أهل

---

٧١٥ ـ الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٤٧ ·
٧١٦ ـ حاشية ابن عابدين ص ٧٦ ·

البلدة التى بها تلك الدار فذلك عذر يجيز الفسخ عند فقهاء الحنابلة.[٧١٧]

والخوف العام يتولد من أمور كثيرة كمرابطة الوحوش الكاسرة حول البلدة فى مزارعها او كهوف الجبل المحيط بها مما يدفع أهلها الى الرحيل عنها.

وقد يتولد الخوف العام من حدوث قحط يهدد بمجاعة لتلف أصاب تربة الأرض الزراعية كشدة ملوحتها .

وكذلك الحال اذا قامت أمارات قوية على احتمال قيام الأعداء بغزو البلدة اذا كانت من بلاد الحدود التى تتلقى الصدمة الأولى عند الغزو ونحو ذلك مما يجعل المستأجر يرحل ضمن أهل البلدة وبالتالى لا ينتفع بالعين التى أستأجرها فيكون له طلب فسخ تلك الاجارة .

ويلحق تلك الحالة حصار البلدة ومنع الدخول والخروج منها واليها بأمر الحاكم مما يجعل خروج المستأجر للأرض الزراعية التى استأجرها مثلا أمرا مستحيلا مما يجيز له طلب الفسخ .

ويلاحظ أن حصر البلدة يكون عادة للمصلحة العامة كانتشار وباء يخشى انتشاره من هذه البلدة الى غيرها من البلاد .

(٦) انقطاع الطريق : ـ

يحدث أن يستأجر الشخص دابة ليركبها أو ليحمل عليها أثقالا الى الى مكان معين الا أنه اكتشف انقطاع الطريق لحدوث خوف من المرور فيه لتربص قطاع الطريق به مثلا مما يخشى الانسان معه على نفسه وماله وقد

---

٧١٧ ـ المغنى لابن قدامه جـ٥ ص٤١٨ ، كشاف القناع ـ المرجع السابق نفس الموضع .

يكون قطع الطريق لانتشار الضوارى فيه فيخشى الانسان على نفسه ودابتـه من التلف. مما يعد ذلك عذرا لدى الحنابلة يجيز فسخ العقد . (٧١٨)

ويلحق بهذه الحالة من استأجر دابة الى مكة ليؤدى مناسك الحج ولم تكن أمامه الا طريقا واحدة يسلكها لبلوغ هدفه الا أن الناس لم تحج مـن هذا الطريق فى نفس العام مما يجعله يتخوف لو سار فيه منفردا اذ يشعـر بالوحشة مع توقع هلاك نفسه أو ماله لاحتمال مهاجمته من قاطع طريـق أو حيوان مفترس أو نحو ذلك مما يتخوف منه . (٧١٩)

(٧) استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت: ـ

قال بهذه الحالة الشافعية وصورتها أن تبرم اجارة مع امرأة تتولـى كنس وتنظيف المسجد الا أنها أثناء الاجارة حاضت فتصير بذلك ممنوعة مـن دخول المسجد شرعا وبالتالى يستحيل الانتفاع بها فى كنس المسجد ممـا يكون عذرا شرعيا تنفسخ به الاجارة. (٧٢٠)

ثانيا : الأعذار التى فى جانب المؤجر : ـ

(١) اجارة الذمى للجهاد والمصالحة قبل المسير : ـ

اذا قام الامام باستئجار رجل ذمى (غير مسلم) ليقاتل فى صفوف المسلمين مقابل أجر معين الا أنه وقبل المسير للقتال تم الصلح بين الامام وبين من كان ينوى قتالهم.

ففى هذه الحالة حدث خلل فى المعقود عليه تمثل فى عدم وقوع القتال

---

٧١٨ ـ المغنى لابن قدامه المرجع السابق نفس الموضع.
٧١٩ ـ المرجع السابق نفس الموضع.
٧٢٠ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى جـ٥ ص٣١٢ ومابعدها.

فتكون الاجارة بلا معنى لأن نفاذها يعنى نشوب القتال وهو لن ينشب فيكون ذلك بمثابة عذر يجيز الفسخ عند الشافعية٠ (٧٢١)

(٢) موت الموصى له اذا كانت الوصية تنصب على منفعة الدار مدى حياة الموصى لـه :ـ

وصورة هذه الحالة أن يقول الشخص: أوصيت لزيد بمنفعة دارى مدى حياته (أى حياة زيد) ثم مات وقبل زيد الوصية ثم أجر الدار عشرين سنة مثلا ثم مات وبقى بذلك من الاجارة عشر سنوات ففى هذه الحالة يقرر الشافعية فسخ الاجارة فيما بقى من الزمن٠ (٧٢٢)

ويثير هذا المثال مسألة الوصية بالمنافع وهى جائزة وفقا لأرجح الآراء وهذا ما اخذ به قانون الوصية٠ (٧٢٣)

ووصية المنافع هنا مؤقتة بمدة معينة وهى حياة الموصى له ولا شك أنها مؤقتة باعتبار أن كل انسان ميت لا محالة٠

وعلى ذلك اذا قام الموصى له بتأجير الدار لمدة عشرين سنة فهو اذا يتصرف فيما يملك طالما بقى على قيد الحياة أما ان مات فى أى مدة تقع خلال مدة التأجير فانه صفته تنتفى ويكون الايجار فى المدة من وقت وفاته كأنه صادر من غير مالك وذلك عذر يكفى لفسخ الاجارة حتى تنتقل للورثة المستحقين لها٠

---

٧٢١ ـ نهاية المحتاج المرجع السابق نفس الموضع٠

٧٢٢ ـ حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصارى ص٥٥٧ ومابعدها٠

٧٢٣ ـ انظر فى تفصيل ذلك: د٠ محمدعبد المنعم حبشى ـ أحكام الوصية فى الفقه الاسلامى طبعة سنة١٩٨٤ ص١٣٧ ٠

(٣) اذا لحق المؤجر دين فادح : ـ

صورة هذه الحالة أن شخصا قام بتأجير عين يملكها ثم بعد ذلك ثقل عليه الدين ولم يجد قضاءه الا ببيع العين المؤجرة وسداد الدين من ثمنها ٠

ويعد لحوق الدين بالمؤجر عذرا عند الأحناف يجيز له فسخ اجارة العين ليتمكن من بيعها لأننا لو أبقينا الاجارة مع لحوق الدين الفادح لأصاب المؤجر ضررا جسيما اذ أنه سيحبس بهذا الدين لعدم الوفاء به ٠ (٧٢٤)

ويلحق بهذه الحالة عجز المؤجر عن تدبير نفقته أو نفقة أقاربه الذين تلزمه نفقتهم بسبب اعساره مثلا وهنا يجوز له الفسخ بسبب حاجته الماسة لثمن العين المؤجرة لتغطية هذه النفقة ٠ (٧٢٥)

(٤) اذا اشترى شيئا فأجره ثم وجد به عيبا : ـ

وصورة هذه الحالة أن المؤجر قد سبق له شراء شئ معين ثم قام بتأجير هذا الشئ الا أنه تبين أن بالشئ عيب لا يتمكن معه المستأجر من الانتفاع بالعين ولقد اعترف الأحناف فى هذه الحالة للبائع بفسخ الاجارة كى يتسنى له رد المبيع بالعيب ٠ (٧٢٦)

وهنا نرى صورة مركبة للفسخ اذ الحقيقة أننا لسنا بصدد فسخ اجارة فحسب وانما فسخ للاجارة توطئة لفسخ عقد البيع بالعيب فكان العيب عذرا

---

٧٢٤ ـ رمز الحقائق للعينى ص٢٠٤ ، الدر المنتقى على هامش مجمع الأنهر لابن علاء الدين الامام ص٤٠٠ ، الكاسانى المرجع السابق ص١٩٨ ٠

٧٢٥ ـ الفتاوى الهندية ص٤٤٤ ـ حاشية ابن عابدين ص٧٦ ٠

٧٢٦ ـ الكاسانى ـ المرجع السابق نفس الموضع ٠

لفسخ الاجارة وكذلك لفسخ البيع .

(٥) اذا أجر نفسه لعمل وضيع : ـ

يجوز أن يؤجر الشخص نفسه لعمل يشعر بعد اتمام الاجارة أنه عمل وضيع يخل بمكانته الاجتماعية وفقا للطبقة التى ينتمى اليها فى المجتمع كأن يعمل حجاما ثم يأنف من هذا العمل .

ولا شك أن الاسلام يعمل على حفظ مكانة المسلم الاجتماعية وبالتالى تكون سخرية الناس منه وعدم احترامهم اياه عذرا يجيز له طلب الفسخ عند فقهاء الأحناف. (٧٢٧)

ثالثا : الأعذار التى فى جانب العين المؤجرة : ـ

(١) كون رب الدابة اكولا أو الدابة كذلك : ـ

قد يبرم عقد اجارة الدابة ويشترط فيه أن يقوم المستأجر باطعام رب الدابة والالتزام باطعام الدابة ذاتها فان تم ذلك فعلى المستأجر تنفيذ هذا الالتزام ولا شك أنه كان قد قدر فى ذهنه معدلا معينا لما سيقدمه من طعام لرب الدابة أو علف لها .

الا أن الأمر قد لا يكون على هذا النحو دوما لتفاوت الناس فى كميات الطعام التى يتناولونها وكذا الدواب. فهل يعد ذلك بمثابة عذر يجيز فسخ الاجارة ؟ .

أجاب المالكية على ذلك بأن فرق صاحب بلغة السالك بين حالتين : ـ (٧٢٨)

---

٧٢٧ ـ الكاسانى ـ المرجع السابق ص١٩٩ .

٧٢٨ ـ بلغة السالك ـ المرجع السابق ص١٥٨ .

ـ الأولى : ـ

اذا وجد أن الدابة اكولة أو ربها أكولا أى أن كلاهما تجاوز الحدود فيما يتناوله عامة الناس أو الدواب من طعام أو علف مما سيكبد المستأجر نفقات تتجاوز مايحصل عليه من منفعة بما يعني أن الابقاء على الاجارة مع هذا الوضع يصيب المستأجر بضرر لم يلتزمه بالعقد ٠

فهنا يثور التساؤل : هل يجوز للمستأجر الفسخ وللاجابة عن ذلك نفرق بين أمرين : ـ

ـ الأول : ـ

اذا كان الالتزام منصبا على اطعام رب الدابة فهنا يعرض عليه المستأجر اطعامه على الأوسط أى أن يقدم له كمية من الطعام تناسب أواسط الناس (وهو مانسميه في القانون الوضعي بمعيار الرجل المعتاد) على أن يكمل هو طعامه على نفقته فان رضى بذلك كان بها وان لم يرض يثبت الخيار للمستأجر ٠

ـ الثانى : ـ

اذا كان الالتزام منصبا على تقديم علف الدابه ووجدها المستأجر أكوله فله الفسخ ولا يقدح فى ذلك أن يرضى ربها باعلافها على الأوسط والعلة فى ذلك أن فى اطعامها على الأوسط تجويع لها ولن تستطيع استيفاء ما يكمل شبعها من طريق آخر وقد أمرنا حسنا بالبهائم لأنه لاعائل لها الا من هى تحت يده ولا سبيل لها لاطعام نفسها عكس ربها ٠ ولا سبيل أمام رب الدابة للحيلولة دون فسخ العقد الا أن يكمل علف الدابة بما يجاوز الأوسط حتى تشبع ٠

ـ الحالة الثانية : ـ

اذا وجد رب الدابة قليل الأكل أو وجدها كذلك فلا يلتزم المستأجر الا بالقدر الذى يشبعان عنده ولا يزيد حتى ولو كانت الزيادة ثابته قدرا بالعقد وذلك خلافا لقول أبى عمر أن لهما الزائد يصرفانه فيما أحبا.(٧٢٩)

والرأى عندى أن ماذهب اليه أبو عمر يخالف روح العلاقة التعاقدية لأنهما حددا قدرا من الطعام أو العلف فى العقد بحسبان أن ذلك يسكن غائلة الجوع فذلك هو الهدف وليس قدر الطعام فاذا ماتحقق الهدف فقد وفى المستأجر بالتزامه ولا يلزمه أزيد من ذلك فلو قيل أنه لا يفعل بأداء الزيادة الا تنفيذ العقد كان الرد أن هذا الالتزام كان قبل التجربة والتى لم يجربها عرف فكان بمثابة الجزاف غير المعلوم والذى علق تحديده على تجربة أول مرة فى الاطعام أو الاعلاف فاذا تم ذلك فيلتزم المستأجر بهذا القدر ولا يستطيع انقاصه لأنه حد الاشباع.

---

٧٢٩ ـ مشار اليه : بلغة السالك ـ المرجع السابق ص١٥٩ .

الفرع الثانى
الأعذار التى لاتجيز الفسخ

توجد مجموعة من الأعذار اذا طرأت على العقد لاتجيز فسخه وانما يجب المضى فى موجب العقد ٠

وهذه الأعذار منها ماهو محل اتفاق بين الفقهاء ومنها ماليس كذلك وعلى هذا نقسم هذا الفرع الى بندين : ـ

البند الأول : الأعذار التى لاتجيز الفسخ وكانت محل اتفاق الفقهاء ٠

البند الثانى : الأعذار التى لاتجيز الفسخ وكانت محل اختلاف الفقهاء ٠

البند الأول
الأعذار التى لاتجيز الفسخ وكانت محل اتفاق الفقهاء

اتفق غالب فقهاء المذاهب الأربعة على مجموعة من الأعذار التى لاتجيز الفسخ عند تحقق أحدها سواء وقعت فى جانب المستأجر أو العين المؤجرة أو المؤجر الا انهم كذلك قد اختلفوا حيال مجموعة أخرى من الأعذار فمنهم من قال بأنها لاتجيز الفسخ ومنهم من لم يوردها ضمن مذهبه ٠

ونتحدث فى هذا البند عن الأعذار التى لاتجيز الفسخ وكانت محل اتفاق أغلب فقهاء المذاهب على النحو التالى : ـ

أولا : الأعذار التى فى جانب المستأجر : ـ

(١) موت المستأجر أو الدابة : ـ

يرى كل من المالكية والحنابلة والشافعية أن موت المستأجر لايجيز

فسخ الاجارة اذ هو ليس بعذر ٠ (٧٣٠)

والعلة فى عدم اعتبار تلك الحالة عذرا أن ورثته يحلون محله فى استيفاء المنفعة مع التزامهم بأداء الأجرة أو المؤجل منها للمؤجر الا اذا كان قد عجلها كاملة للمؤجر ٠

ويلحق المالكية بحالة موت المستأجر موت الدابة فى حين يرى الحنابلة انه اذا كانت وفاة المستأجر ليست بعذر فوفاة المؤجر تأخذ نفس الحكم ٠ (٧٣١)

ولنا اعتراض على مسألة احلال ورثة المستأجر محله فى استيفاء المنفعة لأن هذا الحكم وان كان قد قصد به العدالة فانه لا عدالة فى ذلك اذ كيف نحمل من مات بأجرة مالم ينتفع به خاصة اذا كان كراؤه للدابة لغرض خاص شخصى لا يمكن أن ينيب عنه غيره فى أدائه اذ يفوت الغرض بفوات صاحبه ٠ كمن يستأجر الدابة (ومثلها السياره ونحوها) للتنزه مثلا أو لأداء واجب الزيارة ٠

ففى هذه الحالة وأمثالها ليس من المناسب اجبار الورثة على ابقاء الاجارة ودفع مقابل الانتفاع واذا سأل سائل وما الضرر الذى يحيق بهم والأجرة تستنزل من تركة المتوفى ؟ يكون الجواب وما المنفعة التى عادت على المورث ومات وهو مدين بها وماذا عاد على الورثة من ذلك؟ ٠

ومن ناحية أخرى اذا كنا قد أبحنا الفسخ لعذر غير الوفاة فالمنطق يحتم أن نعتبر وفاة أحد المتعاقدين عذر لا شك يجيز الفسخ بل هى من

---

٧٣٠ ـ شرح الدسوقى على الدردير (الشرح الكبير) جـ٤ ص٢٧ وما بعدها ـ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ـ المرجع السابق نفس الموضع ، قليوبى وعميره ـ جـ٣ ص٨٤ ٠

٧٣١ ـ شرح الدسوقى ـ المرجع السابق نفس الموضع ، كشاف القناع ـ المرجع السابق نفس الموضع ٠

باب أولى لأن العذر لو قام بالمكترى حال حياته فانه يكون على بينة من أمره ويستطيع انابة غيره عنه فى الانتفاع وذلك عكس الحال عند وفاته ٠

أما عدم اعتبار وفاة الدابة عذرا يجيز الفسخ فان هذه المسألة تحتاج الى ضبط نفرق بصدده بين فرضين : —

— الأول : —

اذا كانت صفات الدابة محل اعتبار لدى المستأجر فانه بوفاتها تنفسخ الاجارة لفوات الصفات التى عول عليها المستأجر وكانت الدافع الى ابرام عقد الاجارة ٠

— الثانى : —

اذا لم تكن الدابة معينه بمعنى أنه يستوى لدى المستأجر أى دابة فان وفاتها لاتؤثر فى العقد اذ يبقى على المؤجر واجب احلال دابة أخرى محلها ٠

ثانيا : الأعذار التى فى جانب المؤجر : —

(١) تخلف رب الدابة : —

اذا تخلف رب الدابة فان ذلك لايعد عذرا عند جمهور الفقهاء ٠

فيرى الشافعية أن مرض مؤجر الدابة لايحدث خللا فى المعقود عليه وهو الدابة وانما وقع العذر فى حق المؤجر ألا وهو مرضه ولذلك فلا فسخ للاجارة برغم عدم قدرة المؤجر على الخروج اذ يجوز أن ينيب عنه غيره ٠ (٧٣٢)

ويرى الأحناف أن مرض الجمال (بفتح الجيم) وهو صاحب الجمال (بكسر الجيم) لايعد عذرا يجيز فسخ عقد كراء الابل لأن خروج الجمال

---

٧٣٢ — مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٥٥ ٠

بنفسه مع الابل ليس مستحقا بالعقد اذ يمكن تحصيل المنفعة منها فى غير وجوده فضلا عن أنه لن يضار بذلك. (٧٣٣)

ويضيف المالكية أنه اذا استأجر رجل دابة معينة أو غير معينة لغرض معين كملاقاة رجل أو ليشيع بها رجلا ثم تخلف رب الدابة فلم يأت بها حتى فات مايقصده المستأجر فان ذلك ليس بعذر يجيز الفسخ طالما لم يحدد زمنا معينا يلزم رب الدابة تقديمها خلاله ولم يكن خارجا للحج لأن زمنه معلوم.

وعلى العكس لو تحدد زمن يلزم تقديم الدابة فيه أو كان المستأجر خارجا للحج ولم يقدم المؤجر دابته فى الزمن المضروب فان الكراء ينفسخ. (٧٣٤)

ثالثا : الأعذار التى فى جانب العين المؤجرة : ـ

(١) هلاك الزرع : ـ

قد يهلك الزرع نتيجة لكثرة الماء فى الأرض أو لانقطاعه وعطش النبات وكلا الأمرين لايعد عذرا يجيز فسخ الاجارة عند بعض الفقهاء.

وتفصيل ذلك أن الحنابلة يرون أن غرق الزرع وهلاكه نتيجة امتلاء الأرض بالمياه مما أدى الى اغراقه فلا يؤدى ذلك الى فسخ الاجارة والعلة من ذلك أن المعقود عليه وهو الأرض باق ويمكن الانتفاع به باعادة زراعتها مرة أخرى.

---

٧٣٣ ـ البدائع للكاسانى جـ٤ ص ١٩٩ .

٧٣٤ ـ بلغة السالك ـ المرجع السابق ص ١٥٨ .

ويلحق الحنابلة بتلك الحالة مسألة هلاك الزرع بحريق نشب أو هجوم جراد أو نزول برد ونحو ذلك. (٧٣٥)

وقد اتفق الشافعية مع ما ذهب اليه الحنابلة من أن هلاك الزرع لا يعد عذرا يجيز الفسخ سواء هلك بزيادة المطر أو شدة البرد أو دوام الثلج أو اكل الجراد والعلة لديهم فى عدم الفسخ أن الخلل لم يحدث فى المعقود عليه (الأرض الزراعية) وانما حدث في منفعة وهو عذر لا يجيز الفسخ لأ ن المعقود عليه باق ويجوز الانتفاع به. (٧٣٦)

ويلحق الشافعية بتلك الحالة حالة هلاك الزرع لانقطاع الماء عن الأرض لأنه يقع على عاتق المؤجر الالتزام بسوق الماء لها فان لم يفعل فانه يكون قد أخل بالتزام جوهرى مما يثبت الخيار للمستأجر. (٧٣٧)

---

٧٣٥ ـ المغنى لابن قدامه ـ المرجع السابق ص٤٤٥ ـ ٤٤٦ .
٧٣٦ ـ المهذب للشيرازى جـ١ ص٤٠٥ .
٧٣٧ ـ قليوبى وعميرة جـ٣ ص٨٤ .

البند الثانى

الاعذار التى لاتجيز الفسخ وكانت محل اختلاف الفقهاء

أولا : الأعذار التى فى جانب المستأجر : ـ

(١) حبس مكترى الدابة مدة الكراء : ـ

اذا استأجر رجل دابة لمدة معلومة ولكن قبل أن ينتفع بهذه الدابة مدة الاجارة أو انتفع بها ردحا من زمن الاجارة وقبل انتهاء مدتها ظفر به غريمه وحبسه مدة الاجارة أو جزءا يسيرا منها ٠ فان المالكية لايرون فى ذلك عذرا يجيز الفسخ حيث ان المبدأ لديهم أن العذر الذى يجيز الفسخ هو الذى يحدث فيما يستوفى منه المنفعة وهو هنا الدابة والتى لم يحدث لها شىء على الاطلاق اذ الدابة موجودة وصالحة للانتفاع بها أما كون مستأجرها وهو ما تستوفى به المنفعة قد حدث له مايعوقه عن الانتفاع بها فذلك لايجيز الفسخ ٠ (٧٣٨)

ولنا اعتراض على هذه الحالة لأن الحل الذى أعطى لها ليس فيه أى أى نوع من العدالة اذ من المعلوم أن مقابل الانتفاع بالعين يغطى مدة الاجارة كاملة بحيث يقابل كل جزء من هذه المدة فاذا ماتم حبس المكترى مدة الاجارة سواء كلها أو فى جزء منها فمعنى ذلك أن هناك أجرة تدفع لا يقابلها انتفاع مما كان يقتضى فسخ الاجارة كلها أو بمقدار المدة التى حبس فيها المكترى لأن أخذ المقابل عن هذه المدة يعد أكلا لأموال الناس بالباطل ٠

ولا يقدح فى ذلك أن ماحدث لا يد للمؤجر فيه اذ أنه فى المقابل لا يد للمستأجر كذلك وانما كان ماحدث بمثابة قوة قاهرة ٠

٧٣٨ ـ المدونة الكبرى ـ المرجع السابق ص ١١٦ ٠

(٢) فسوق مكترى الدابة أو اتهامه بالسرقة : ـ

قد يتصف المكترى بالفسق أو السرقة وهما صفتان قبيحتان لا تليقان بالمؤمن .

والفاسق هو الشخص الذى يتجرأ على محارم المسلمين وعلى سبيل المثال ماورد فى قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون " . (٧٣٩)

كذلك من يخرج عن منهج الله سبحانه وتعالى ويتمادى فى هذا الخروج يعد فاسقا كأن يدمن شرب الخمر أو مجالسة العاهرات.

فاذا ثبتت صفة الفسق أو السرقة بالمستأجر فان المالكية لايعتبرون ذلك عذرا يجيز الفسخ (٧٤٠) لأنه لا صلة لتنفيذ عقد الايجار بما حدث من فسق أو سرقة كل مافى الأمر ـ والكلام للمالكية ـ أن يأمره الحاكم بالكف عن الفسق أو عن ارتكاب السرقة ولكن اذا لم يصدع بالحق فان صاحب البلغة يقرر أن للحاكم اخراجه من العين وتأجيرها لآخر .

ويلاحظ على كلام المالكية الأخير أنهم يجيزون فسخ الاجارة بالفسق أو السرقة ولكن ذلك مشروط باستيفاء اجراء معين وهو التنبيه عليه من قبل الحاكم بالكف عن ذلك وعدم امتثاله .

(٣) انتقال المستأجر من حانوت الى حانوت : ـ

لو استأجر تاجر حانوتا ثم أراد تركه لينتقل الى حانوت آخر دون أن

٧٣٩ ـ سورة النور آيه (٤) .

٧٤٠ ـ بلغة السالك ـ المرجع السابق ص ١٥٨ .

يغير من عمله بل سيمارس عين العمل الذى استأجر الحانوت الأول لأجلـه فان انتقاله هذا ليس بعذر لدى الأحناف والعلة فى ذلك أنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر ولا يجوز التعلل بأن الحانوت الثانى أرخص وأوسع من الأول لأن زيادة المنفعة أو قلتها ليست من بين الأضرار التى تجيز الفسخ . (٧٤١)

(٤) استئجار الدار ثم شراء النزل : ـ

وصورة هذه الحالة أن رجلا استأجر دارا ثم اشترى بعد ذلك دارا أخرى وبشرائه لها أصبح مالكا يمكن له الانتفاع بها من غير عوض مما يرغبه فى فسخ الاجارة لأن فى ابقاء الاجارة بعد ملكيته لدار أخرى الزام له بضرر لم يلتزمه بالعقد الا أن الأحناف لايرون فى ذلك عذرا يجيز فسخ الاجارة ويعللون ذلك بأنه يمكنه أن يؤجر داره الجديدة ان كان يتضرر من دفع أجرة الدار المستأجره . (٧٤٢)

(٥) خوف المستأجر من أعدائه : ـ

لو استأجر الشخص دابة أو أرضا لزراعتها ثم شعر بالخوف من أعدائه اما لقربهم من الأرض المستأجرة أو خشى ان مر بالدابة من الطريق الواجب عليه أن يسلكه أن يصادفهم فيه . فان كل ذلك لايعد عذرا يجيز الفسخ عند الحنابلة . (٧٤٣)

وعلة الحنابلة فيما ذهبوا اليه أن ماحدث من خوف لايحدث خللا فى المعقود عليه لأن الخوف أمر نفسى يتفاوت فيه الناس فالمعيار فيه ليس

---

٧٤١ ـ البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٩٨ .
٧٤٢ ـ البحر الرائق ـ المرجع السابق جـ٨ ص٣٥ ، الكاسانى ـ المرجع السابق ص١٩٩ .
٧٤٣ ـ الانصاف للمرداوى ـ المرجع السابق نفس الموضع .

موضوعيا وقد لاتكون له شواهد خارجية تؤيده ٠

وفى اعتقادى أن ماذهب اليه الحنابلة جدير بالتأييد خاصة وأن المستأجر حينما أقدم على ابرام العقد كان يعلم بموضع الأرض التى استأجرها أو الطريق التى سيسلكها بالدابة ويعلم أن له أعداء فى تلك المناطق وكان عليه لو كان جادا فى شعوره بالخوف أن يمتنع عن ابرام العقد ٠

(٦) تعذر وقود الحمام : ـ

يرى الشافعية أن من استأجر حماما ثم تعذر عليه جلب الوقود له فان ذلك ليس بعذر يجيز فسخ الاجارة لأنه لا خلل فى المعقود عليه.(٧٤٤) الاأن هذه الحالة تحتاج لضبط يقتضى منا التفرقة بين فرضين : ـ

ـ الأول : ـ

لو كانت الصعوبة ترجع الى جلب الوقود للمستأجر ذاته كعدم توافر وسيلة الجلب لدية سواء كانت دابة أو سيارة ونحوها فانه يتحمل تبعة ذلك اذ أن امكانياته المتاحة بالنسبة لمكان وجود الحمام والوقود كانت واضحة له أثناء ابرام العقد فيفهم من اقدامه على التعاقد أنه قد دبر أمره لتشغيل الحمام٠

ـ الثانى : ـ

لو كان السبب فى صعوبة استجلاب الوقود هو الارتفاع الفاحش فى سعره أو ندرة فى صنف هذا الوقود فلا يمكن أخذ المستأجر بما لايد له فيه ويكون ماحدث بمثابة ظرف طارئ يمثل عذرا يجيز له فسخ الاجارة٠

---

٧٤٤ ـ مغنى المحتاج لمحمد الخطيب الشربينى جـ٢ ص٣٥٥ ٠

ثانيا : الأعذار التى فى جانب المؤجر : ـ

(١) سفر المؤجر أو نقلته : ـ

اذا أراد المؤجر السفر أو النقلة عن البلد فان ذلك لا يعد عذرا يجيز الفسخ عند الأحناف (٧٤٥) والعلة فى ذلك أن استيفاء منفعة العقار من جانب المستأجر لا تسبب ضررا للمؤجر الغائب خاصة اذا كان تحصيل المنفعة لا يحتاج الى تدخل منه.

(٢) رغبة الصانع أو العامل ترك ما استؤجر لأجله : ـ

لو أجر صانع من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم بدا له أن يترك ذلك فليس هذا بعذر عند الأحناف بل يجب عليه اتمام ما استؤجر من أجله ثم ينتقل بعد ذلك الى ما شاء من المهن.

وفى ذلك يقول صاحب البدائع : " ان كان ذلك من عمله بأن كان حجاما فقال أنفت من عملى وأريد تركه لم يكن له ذلك ويقال أو فى العمل ثم انتقل لما شئت من العمل لأن العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه لأنه من أهل تلك الحرفة ". (٧٤٦)

(٣) انهدام منزل المؤجر : ـ

لو انهدم منزل المؤجر الذى يسكنه ولم يكن له بعد ذلك سوى العين التى أجرها فأراد فسخ الاجارة تعللا بأن انهدام منزله يعد بمثابة عذر يجيز له الفسخ فان الأحناف لا يجيزون له ذلك (٧٤٧) لانه يمكنه شراء أو استئجار منزل آخر.

---

٧٤٥ ــ الكاسانى جـ٤ ص١٩٩ .

٧٤٦ ــ المرجع السابق نفس الموضع.

٧٤٧ ــ المرجع السابق نفس الموضع.

ثالثا : الأعذار التى فى جانب العين المؤجرة : ـ

(١) حالة غلاء أجرة المثل : ـ

لو أن شخصا استأجر دارا أو أرضا زراعية مقابل مبلغ معين يؤديه للمؤجر ثم ارتفع المقابل الذى يؤدى للدور أو للأراضى الزراعية التى تماثل العين المؤجرة فيثور حينئذ التساؤل : هل يعد ارتفاع الأجرة فى فرضنا هذا عذرا يجيز فسخ الاجارة أو طلب الزيادة لأجرة المثل ؟ .

يجيب الأحناف على ذلك بأن ماحدث ليس بعذر بل يظل العقد نافذا بما اتفق عليه الطرفان . (٧٤٨)

الا أن صاحب البدائع يستثنى من ذلك الوقف بأن كان فى الأرض زرعا لم يستحصد فلا تفسخ الاجارة بل تترك حتى نضوج الزرع وحصاده لأن فى الفسخ قبل ذلك اضرار بالمستأجر ولكن يجب على الأخير أن يسدد الأجرة على وضعها الجديد من وقت الزيادة حتى حصاد الزرع .

هذا اذا ارتفع أجر مثل الوقف ولكن ما الحل اذا انخفضت أجرة مثل العين الموقوفة هل يعد ذلك عذرا يجيز لناظر الوقف فسخه ؟ .

أجاب صاحب البدائع على ذلك بالنفى فلا يجوز الفسخ فى هذه الحالة لأن المستأجر برضائه يدفع الأجرة قبل رخصها يكون قد رضى بأزيد من الوضع الحالى بعد هبوط قيمة الأجرة . (٧٤٩)

(٢) عتق العبد بعد ابرام الاجارة وقبل انتهاء مدتها : ـ

تصور هذه الحالة أن سيدا أجر عبده لشخص معين ثم بدا لهذا

---

٧٤٨ ـ الكاسانى جـ٤ ص٢٠٠ .

٧٤٩ ـ المرجع السابق نفس الموضع .

السيد أن يعتقه أثناء مدة الاجارة .

ويثور التساؤل فى هذه الحالة : ـ هل يعد العتق عذرا يجيز الفسخ ؟

أجاب المالكية على ذلك بالنفى كل ما فى الأمر أن الموقف بالنسبة للأجرة هو الذى سيتأثر بالعتق وعليه فقد فرق صاحب بلغة السالك بين حالتين : ـ (٧٥٠)

ـ الأولى : ـ

اذا أعتقه سيده وأراد أن ينفذ قرار عتقه بعد مضى مدة الاجارة فله ذلك ويستمر العبد على حكم الرقيه حتى تمام مدة الاجارة وأجرته لسيده .

والعلة فى ذلك أنه بمنزله من أعتقه واستثنى منفعته مدة معينة .

ـ الثانية : ـ

اذا أراد سيده أن ينفذ قرار العتق فورا فيكون حرا من يوم عتقه ولذلك تكون أجرته لنفسه ولكن لا يؤثر كونه صار حرا فى عقد الاجارة اذ يبقى على حاله الى انتهاء مدته .

(٣) موت الظئ : ـ

اذا استؤجرت الظئ لارضاع الطفل ثم ماتت فالحنابلة يرون أن ذلك ليس بعذر يجيز الفسخ . (٧٥١)

الا أن الحنابلة لم يضعوا حلا لمواجهة الفراغ الذى تركته الظئ بموتها فاذا لم يفسخ العقد فما هو الموقف؟ .

٧٥٠ ـ بلغة السالك ـ المرجع السابق ص١٥٨ .
٧٥١ ـ المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٤٥٦ ـ كشاف القناع ـ المرجع السابق نفس الموضع .

يبدو من كلام الحنابلة أنه يحل محل الظئر المتوفاة مرضعة أخـــرى ٠

وهذا الحل نعترض عليه لأن الموت أمر قهرى لا يد لأحد فيه فكان بمثابة قوة قاهرة تنفسخ به الاجارة فضلا عن أن احلال مرضعة أخرى هو أمر قـــد لا يبدو مستساغا نظرا للاعتبارات الشخصية والمواصفات الخاصة التى تراعـى عند اختيار المرضعة بما كان يجب معه القول بفسخ الاجارة وتصفية مراكــز الطرفين على ضوء ماتم تنفيذه من عقد الظئر ٠

(٤) بيع العين المؤجرة للمكترى أو غيره : ـ

المكترى هو المستأجر ويقابله المكرى وهو المؤجر والرابطة التى تجمع بينهما تسمى بعقد الكراء وتسمى العين المؤجرة بالعين المكتراة وكل ذلك مرادف لما فى عقد الايجار ٠

وتصور لنا الحالة التى نحن بصددها أن المستأجر قام فى وقت لاحـق لابرام العقد بشراء العين المكتراة وثمة فرض آخر مفادة أن تلك العين بيعت لغير المكترى ٠

ويثور التساؤل حينئذ : هل تنفسخ الاجاره بهذين العذرين أوأحدهما؟ ٠

يجيب الشافعية على ذلك بالنفى بمعنى أن بيع العين المكتراة لا يعد عذرا يجيز الفسخ سواء بيعت للمكترى أو غيره ٠ (٧٥٢)

وتعليقا على موقف الشافعية نرى ابداء الآتى : ـ

أ ـ اذا بيعت العين المكتراة الى غير المستأجر فلا يجوز الفسخ لعـدة وجوه أولها أن المشترى الجديد يعد خلفا للمالك الأول وبالتالـى

٧٥٢ ـ حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصارى جـ٢ ص٥٥٧ وما بعدها ، قليوبى وعميرة جـ٣ ص٨٧ ٠

يلتزم ـ طبقا لقواعد الخلافة ـ بالعقود التى أبرمها سلفه وثانى تلك الوجوه أنه أبرم عقد الشراء وهو عالم بما هو وارد على العين المبيعة وكان أمامه أن يحجم عن العقد اذا كان يتأذى من هذا الكراء ولكنه لم يفعل فيكون ذلك منه بمنزلة الموافقة الضمنية على وضع العين المبيعة مما يسقط حقه فى الفسخ ويستمر العقد وتؤول الأجرة للمالك الجديد ٠

وبذلك نتفق مع الشافعية فى تلك الجزئية ٠

ب ـ اذا بيعت العين المؤجرة للمكترى (المستأجر) فاننا نرى ـ على خلاف الشافعية ـ جواز الفسخ ذلك أن العلة من اباحة فسخ العقد انما تكون لتعارض المصالح بين المؤجر والمستأجر لأن الأول مدين بالمنفعة ودائن بالأجرة على عكس الثانى (المستأجر) فهو مدين بالأجرة ودائن بالمنفعة ومعنى ذلك أننا نكون بصدد ذمتين مستقلتين أما وقد انتقلت ملكية العين المكتراة الى المكترى فاننا نكون حينئذ بصدد اتحاد للذمتين فى ذمة واحدة مما يوجب انقضاء هذه العلاقة ولن يتأتى ذلك الا بفسخ العقد ٠

الفصل الثالث

معالجة أثر الظرف الطارىء

اذا وقع الظرف الطارىء بالأوصاف والضوابط السالف تناولها تفصيلا فان لهذا الظرف أثر يتمثل في الارهاق الذي يلم بالمدين ازاء قيامه بتنفيذ التزامه .

فاذا أصر الدائن على ضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه رغم ما يكتنفه من ارهاق فما على الأخير الا اللجوء الى القضاء كى يضع علاجا لهذا الأرهاق .

ولا يختلف الحال في الشريعة الاسلامية عنه في القانون الوضعى ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

- المبحث الأول : معالجة أثر الظرف الطارىء في القانون المدنى .
- المبحث الثانى : معالجة أثر الظرف الطارىء في الشريعة الاسلامية .

ـ•ـ

المبحث الأول

معالجة أثر الظرف الطارىء في القانون المدني

لا شك أن أثر الظرف الطارىء وهو الارهاق يحتاج الى معالجة تزيح عن كاهل المدين ما ألم بالتزامه من عسرة .

ولكننا اذ نحاول انفاذ تلك المعالجة فاننا نصطدم بعدة اعتبارات أولها مبدأ لزوم العقد المتولد عن مبدأ سلطان الارادة والذي لا يتيح - كمبدأ عام - لأي طرف فى العقد ولا حتى القاضى أن ينفرد بتعديل التزامات تولدت عن ارادة حرة لا سلطان لأحد عليها سوى صاحبها الذي كان يوجهها بما يتفق ومصالحه .

وثانى هذه الاعتبارات يتمثل في كون مهمة القاضى الأساسية تنحصر في تفسير عبارات العقد في اطار ما قصده المتعاقدان وآخر تلك الاعتبارات هو أنه لا يقبل عقلا ولا منطقا أن نترك المدين لبحر تلك الظروف تتلاطمه أمواجه علما بأنه لم يرتكب خطأ ما ولم يقصر عند ابرام العقد .

وازاء - تلك الاعتبارات كان لا بد من تدخل تشريعى يجيز معالجة أثر الظرف الطارىء وأن يجعل تلك المعالجة بيد القضاء كطرف محايد بعد أن تعارضت مصلحة طرفى العقد تعارضا شديدا .

ولكن اللجوء الى القضاء يحتاج الى رفع دعوى بذلك ويثور

التساؤل عن ضوابط ذلك ومدى توافر شرطى المصلحة والصفة فيمن يرفع هذه الدعوى غير المدين وغيرها من المشكلات التى تعترض دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

- المطلب الأول : بعض المشكلات التى تتعلق بمعالجة أثر الظرف الطارىء .
- المطلب الثانى : المعالجة القضائية لأثر الظرف الطارىء .

-•-

المطلب الأول

بعض المشكلات التي تتعلق بمعالجة الظرف الطارئ

لا شك أن الظرف الطارئ واقعة مادية أو قانونية تثير كثيرا من الصعوبات الفنية وقبل وضع الحلول لتلك الصعوبات قد تثور بعض المشاكل التي تعرقل ايجاد هذا الحل بالمفهوم القانوني السليم ٠

يضاف لذلك أن للظرف الطارئ أثرا هاما يتمثل في الأرهاق الذي يصيب التزام أحد المتعاقدين مما يهدده بخسارة فادحة ليس هذا فحسب بل ان مغبة الطارئ غير المتوقع قد تنال من الالتزام المقابل كما سنرى فقد يزيده القاضي كوسيلة لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول مما يجعل كلا المتعاقدين يتمنى لو زحزح عن دائرة هذا العقد ليحمل الطرف الآخر كل أوزار الظرف الطارئ من هنا كانت الحكمة التشريعية بعدم ترك زمام معالجة هذا الأمر بيد المتعاقدين وأسند تلك المهمة للقاضي مما يدفعنا الى التساؤل عن جدوى الاتفاقات الخاصة بغل يد القاضي عن هذا الأمر ٠

وفضلا عن ذلك فقد يتراءى للطرفين حل عقدة الالتزام بعيدا عن مغامرة التقاضي واحتمالاتها المخبوءة تحت ستار السلطة التقديرية للقاضي مما يجعل بحث مدى حرية المتعاقدين في التقايل ضرورة ملحة ٠

فاذا أراد المدين اللجوء الى القضاء كي يغيثه مما ألم به

فرض علينا حديث النفس مفترضات تلح في ايجاد حل لها وأولها مشكلة التنازع الزمانى للقوانين ومدى حظ نظرية الظروف الطارئة منها • وثانى هذه المفترضات هو تحديد نطاق دعوى الالتزام المرهق من حيث الأشخاص فقد يتصادف أن يتوفى المدين في آية لحظة كانت عليها الدعوى أو قبل ذلك فهل يجوز للورثة أن يخلفوه أم لا ؟ •

فاذا خلصنا من تحديد نطاق هذه الدعوى من حيث الأشخاص ووقف من يريد رد الالتزام المرهق أمام القضاء فكيف يثبت دعواه وبعبارة أخرى ما هى وسيلته لاثبات الظرف الطارىء حتى ينال مراده من تلك الدعوى ؟ •

كل هذه التساؤلات نجيب عليها بعد تقسيم هذا المطلب الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : مدى جواز الاتفاق على استبعاد حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى •

الفرع الثانى : سريان النظرية من حيث الزمان •

الفرع الثالث : نطاق دعوى رد الالتزام المرهق من حيث الأشخاص

الفرع الرابع : اثبات الظروف الطارئة •

—•—

الفرع الأول

مدى جواز الاتفاق على استبعاد حكم المادة ٢/١٤٧ مدني

اختتم المشرع المصري نص المادة ٢/١٤٧ مدني بعد أن بين نطاق تطبيقها وسلطة القاضي ازاء هذا التطبيق اختتمها بقوله : " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

ومعنى هذا ان المتعاقدين اذا اتفقا حال ابرام العقد على ما يخالف ما جرى عليه نص المادة ٢/١٤٧ مدني فان هذا الأتفاق يكون باطلا وتهدر آثاره ولا ينتج عنه التزام . بما يفهم منه أن هذا النص آمر والقاعدة الآمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . فلا يسوغ من المتعاقدين سلب سلطة القاضي بعد أن توافرت شروط الظروف الطارئة وعلى هذا شبه اجماع الفقه (٧٥٣) .

القاعدة اذا عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكم المادة ٢/١٤٧ مدني مما يجعلنا نثير عدة تساؤلات تحتاج لاجابات عليها . وأول تلك التساؤلات هل ينصرف البطلان على أي اتفاق للمتعاقدين لا فرق بين ما يتفق عليه أثناء ابرام العقد وذلك الذي يتم بعد وقوع الظرف الطارئ ؟ .

---

(٧٥٣) على سبيل المثال أنظر : د. عبد الحي حجازي ـ المرجع السابق ص ٥٩٠ ، د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٢٢٨ ، د. عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٣٤١ .

واذا كان يجوز الاتفاق اللاحق على الظرف الطارئ فما مدى حرية المتعاقدين ازاء هذا الأتفاق ؟ ثم بعد ذلك ونتيجة لعدم جواز تحميل المدين تبعة الحادث الطارئ فان الفكر يتجاوز نطاق البحث ليتيمن شطر نص المادة ١/٢١٧ مدني لمعرفة مدى توافق ماورد بها وتعارضه مع الحكم الذي نحن بصدده ؟ ثم اذا كان هناك تنازل أو بمعنى أدق اتفاق من المتعاقدين فما مدى سلطة المحكمة ازاء اثارة هذا الأتفاق من تلقاء نفسها ؟ .

وأخيرا يحسن اختتام الكلام بالقاء الضوء في عجالة على موقف الفقه المقارن ازاء هذه النقطة لمعرفة مدى اتفاقه أو اختلافه مع منهج المشرع المصري .

ونجيب عن تلك التساؤلات تباعا .

أولا : الاتفاق المعاصر لابرام العقد :

اذا اتفق الدائن مع المدين على اشتراط عدم لجوء الأخير الى القضاء لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول نتيجة حدوث ظرف طارئ فان هذا الاتفاق يكون باطلا مطلقا .

ولقد ردد الفقهاء حججا كثيرة يعللون بها هذا البطلان ويمكن أن نذكر منها الآتي :

١- نتيجة لحداثة نص المادة ٢/١٤٧ فقد أراد المشرع أن يصونه من اجتراء الأفراد عليه بطريقة تتنافى مع الغرض من تضمينه نصوص القانون المدني الجديد فأراد أن يجعله نصا آمرا يبطل ما يخالفه فضلا عن ذلك فان المشرع لو أباح

مخالفة هذا النص رغم انطواء ذلك على خطر عظيم فسيصبح شرطا جاريا يدأب عليه المتعاملون مما يجعله نصا معطلا (٧٥٤).

٢- ذهب البعض الى تعليل البطلان بالقول بأن العدالة تأبى أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارىء وحده ولذا كان هذا النص الآمر الذي أملته العدالة وبالتالى لا يجوز مخالفة ما تقضى به (٧٥٥).

٣- اذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالف نص المادة ٢/١٤٧ فان هذا الجزاء المقرر يصبح صوريا مما يتيح للمتعاقد القوي أن يملى شروط المخالفة دائما على المتعاقد الضعيف مما يجعل العقد يشبه عقود الاذعان وهذا ما تفاداه التقنين المدنى الجديد بالنص على بطلان المخالفة (٧٥٦) .

ثانيا : الاتفاق اللاحق لحدوث الظرف الطارىء :

لا شك أن المشرع حينما قرر بطلان الاتفاقات المخالفة لحكم المادة ٢/١٤٧ مدنى لم يكن يقصد بذلك الا حماية الطرف الضعيف من تحكم الطرف القوي فأراد بذلك أن يضفى عليه نوعا من الأمان في بداية انشاء الالتزام التعاقدي حتى لا يتأثر نتيجة حاجته الملحة لابرام العقد بضغوط الطرف القوي الذي يأخذ في تحصين نفسه باملاء

---

(٧٥٤) د. عبد الحي حجازي – المرجع السابق ص ٥٩٠، د.جميل الشرقاوي النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ص ٣١٩ .

(٧٥٥) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٢٢٨ ،د. عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٧٥٦) د. السنهوري ،الوسيط – العقد ص ٨٨٤ هامش (١) .

شروط لم يكن الطرف الآخر يقبلها لولا شدة احتياجه لابرام العقد خاصة وأنه ليست لديه وسيلة فعالة لتوقى ذلك فلم يكن امامه الا الموافقة على تلك الشروط ومن بينها ارتضائه تنفيذ التزامه ولو هدده ذلك بخسارة فادحة .

أما وقد أبرم العقد ودخل الطرفان تحت لواء سلطان القانون وأصبح كل منهما مخاطب بضرورة تنفيذ التزامه طواعية والا تم ذلك جبرا عنه فاذا ما قام الدائن بعد حدوث الظرف الطارىء وطلب من المدين الموافقة على تنفيذ التزامه في ظل هذا الظرف مهما هدده ذلك بخسارة فادحة فقبل المدين ذلك فلا يمكن القول بوجود شبهة الضغط عليه خاصة وأن الدائن لا يملك ازاءه آية سلطة اذا تمسك المدين بتطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ اذ يستمد طلبه من سلطان القانون وهو أقوى من مكنات الدائن بلا شك فضلا عن أن المدين في تلك اللحظة يستطيع أن يقدر مصلحته دون مؤثر خارجي(٧٥٧) .

ولذلك كان منطقيا أن يذهب بعض الفقهاء(٧٥٨) الى صحة الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين بعد وقوع الظرف الطارىء على تنفيذ الالتزام اذ يعد ذلك بمثابة تنازل من المدين عن التمسك بحقه فضلا عن انتفاء شبهة الضغط عليه .

---

(٧٥٧) د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٧٥٨) د. عبد المنعم البدراوي ـ النظرية العامة للالتزامات ـ مصادر الالتزام ص ٤١٠ ، د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ٣٤٢ ، د. السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٨٤ .

ومسألة جواز الاتفاق بين الدائن والمدين بعد وقوع الظرف الطارئ تثير لنا عدة تساؤلات تحتاج الى اجابة . وأول هذه التساؤلات هو هل يلزم أن تكون موافقة المدين صريحة أم تكفي الموافقة الضمنية ؟ واذا كان للطرفين الحرية بعد وقوع الظرف الطارئ فما مدى هذه الحرية ؟ وهذان التساؤلان نجيب عنهما تباعا .

١- طبيعة موافقة المدين على التنازل عن حقه في تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدني :

موافقة المدين على تنفيذ التزامه بالرغم من قيام الظروف الطارئة لا يعدو أن يكون تعبيرا عن ارادته وهذا التعبير يجب أن يستوفى الشرائط المطلوبة في التعبير عن الارادة عموما .

والقاعدة أنه يستوي كون التعبير عن الارادة صريحا أو ضمنيا ويستوي كذلك أن يأتي التعبير من الأصل أو من نائبه (٧٥٩) .

والتعبير عن الارادة الصريح هو الذي يدل على نفسه بنفسه ولا يتطلب ممن وجه اليه التعبير الا مجهود الفهم لا مجهود التفسير (٧٦٠) .

مثال ذلك : أن يطلب الدائن من المدين أن ينفذ التزامه برغم حدوث الظرف الطارئ فيوافق على ذلك صراحة سواء بالكتابة أو بالتصريح اللفظى ونحو ذلك .

---

(٧٥٩) د. حشمت أبو ستيت – المرجع السابق – ص ٧٤ .
(٧٦٠) د. عبد الحى حجازي – المرجع السابق – ص ٥١٠ .

ويكون التعبير ضمنيا أو غير مباشر اذا كان يقتضي ممن وجه اليه تفسيرا خاصا لكي يعتبره تعبيرا عن الارادة (٧٦١) .

فالتعبير الضمني يقوم على الاستنتاج من الملابسات التي تحيط بالموقف الذي يتخذه المتعاقد . مثال ذلك : أن يحل موعد الوفاء بالالتزام التعاقدي فيبادر المدين الى تنفيذه رغم حدوث الظرف الطارىء ولا يلجأ بعد ذلك الى رفع دعوى برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

ولا يمكن القول بأن مبادرة المدين للتنفيذ تعد تنازلا ضمنيا عن حقه في رفع دعوى الالتزام المرهق لأن افتراض التنازل الضمني معناه أن ينفذ المدين التزامه المرهق ولا يرفع دعوى بعد ذلك أما ان قام برفعها فتحمل مبادرته بالتنفيذ على انها امتثال لمنطق العقل ولأوامر المشرع . وكذلك اذا طلب الدائن من مدينه تنفيذ التزامه مع تنازله عن حقه في اللجوء الى المحكمة لطلب رد الالتزام المرهق فلا يرد عليه المدين ردا صريحا ولكنه يبادر الى تنفيذ الالتزام مما يعني موافقته ضمنا على مبادرة الدائن .

ولكن هذا منوط بوصول مبادرة الدائن اليه فعلا وعلمه بها يقينا حتى يمكن تفسير موقفه على انه موافقة ضمنية .

وعلى ذلك يمكن القول بأن تنازل المدين عن حقه المستمد من

---

(٧٦١) المرجع السابق - نفس الموضع .

المادة ٢/١٤٧ وموافقته تنفيذ الالتزام مهما كلفه ذلك من خسارة قد يكون صراحة أو ضمنا وفقا لنص المادة (٩٠) من القانون المدنى بفقرتيها وهى التى عالجت طرق التعبير عن الارادة .

٢- مدى حرية الطرفين فى مخالفة المادة ٢/١٤٧ مدنى :

اذا كان للمدين بعد وقوع الظرف الطارئ ان يتنازل عن حقه ويقبل تنفيذ الالتزام برغم ما يتهدده من خسارة فهنا يثور التساؤل : هل تنازله ذلك وتنفيذه الالتزام هو الوسيلة الوحيدة التى يستطيع بها الطرفان مواجهة الظرف الطارئ بعيدا عن ساحة القضاء ؟ أم أن هناك وسائل آخرى يمكن بموجبها مواجهة هذا الظرف ؟ .

فمثلا هل يجوز لكلا الطرفين حل عقدة الالتزام بالتقايل مثلا ؟ واذا كان لهما ذلك هل يمكن لهما القيام بتسوية ودية يعالجان بها أثر الظرف الطارئ ؟ وأخيرا هل يمكن لهما التحايل على نص المادة ٢/١٤٧ بغير ما ذكر من وسائل ؟ .

كل هذه التساؤلات نجيب عليها في نقاط ثلاثة على النحو التالى :

أ) التقايل :

يعرف التقايل بأنه حل للعقد باتفاق الطرفين(٧٦٢).

---

(٧٦٢) د. عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق ص ٤٨٢ .

فالتقايل أو التفاسخ هو عقد يتم بايجاب وقبول صريحين أو ضمنيين والغرض منه التحلل من العقد الأول : فكأن لدينا عقدان متقابلان فاذا تقايل المتبايعان في البيع مثلا كان هناك عقد بيع أول من البائع الى المشتري يعقبه عقد بيع ثانى من المشتري الى البائع [٧٦٣] وللمتعاقدين الحرية في جعل التقايل بأثر رجعى أو قصر أثره بالنسبة للمستقبل فقط بشرط الا يخل ذلك بحقوق الغير • وكذلك يمكن جعل الأثر الرجعى للتفاسخ يستغرق كل الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذي تفاسخا عنه أو قصره على بعض هذه الحقوق أو تلك الالتزامات [٧٦٤] •

وكما يكون التعبير عن الارادة في التفاسخ صريحا يمكن أن يكون كذلك ضمنيا ولكن في هذه الحالة يجب على محكمة الموضوع اذا قالت بالتفاسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن ارادتى طرفى التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد [٧٦٥] ثم بعد ذلك يجب على المحكمة أن تفصح عما اذا كانت قد أسست قضاءها على الفسخ القضائى أم الفسخ الاتفاقى • فقد قضت محكمة النقض بأنه " اذ دفع بسقوط الحق في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ ولم يرد الحكم على ذلك الا بمجرد الاشارة الى طلب الفسخ مطلقا دون بيان المراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمنى فهذا يكون قصورا في التسبب يعيب الحكم

---

(٧٦٣) د • السنهوري – المرجع السابق – ص ٩٤٣ •

(٧٦٤) نقض مدنى ١٩٦٦/٤/٧ – م نقض م – ١٧–٨٢٥ – محمد كمال عبد العزيز ص ٤٨٥ •

(٧٦٥) نقض مدنى ١٩٦٧/٢/١٦ – م نقض م – ١٨–٣٩٤ – المرجع السابق ص ٤٨٣ •

ويوجب نقضه (٧٦٦) .

وبعد أن بينا معنى التقايل وأحكامه في عجالة سريعة نتساءل : هل يجوز للدائن ومدينه أن يتقايلا عن العقد الذي أصيبت التزاماته بعطب الظروف الطارئة ؟ .

لا شك أن التقايل في مثل هذه الحالة يمثل نوعا من التصالح على حل معين يرتضيه الطرفان لينهيا به حياة هذا العقد فاذا كان للطرفين الاتفاق على تنازل المدين عن حقه في تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى وتنفيذ التزامه برغم ما يكتنفه من صعوبات مما يعنى اختيار المدين للطريق الأصعب اذا كان الأمر كذلك فلا شك ان لكلا المتعاقدين أن يتفقا على التقايل خاصة وأنه حل لو تراضيا عليه أسهل من سابقه .

ولا يقدح في ذلك رفضنا منح القاضى سلطة فسخ العقد بناء على طلب الدائن برغم ان التقايل يعطى نفس النتيجة تقريبا اذ الرد على ذلك من جانبنا أن التقايل مبناه التراضى من كلا الطرفين على هذا الأسلوب والاقتناع بأنه الوسيلة المثلى لمواجهة هذا الموقف ولا شك أنه لا يتأتى الا بعد دراسة متأنية من جانب كل طرف ينتهى منها الى اختيار هذا الطريق . أما في حالة لجوء الطرفين الى التقاضى خاصة المدين وطلبه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فان ذلك ينبىء عن سبق الخلاف بينه وبين الدائن مما

---

(٧٦٦) نقض مدنى ١٩٤٧/١٢/٢٧ - م ق م - ١٣٤-٨٥٣ - المرجع السابق ص ٤٧٢ .

يحدو بالمدين ان يطلب الاحتكام لنص المادة ٢/١٤٧ قاطعا بذلك كل طريق يوصل الى الحل الودي وسنرى أن نص المادة ٢/١٤٧ لا يتسع لمنح القاضى سلطة الفسخ اذا طلبها الدائن .

ومما يؤكد مذهبنا هذا أن الدائن لو طلب الفسخ لكان أحرى به ان يعرض على المدين التقايل قبل اللجوء الى التقاضى . أما ان يطلب الفسخ أمام المحكمة فلأنه شعر بوطأة الحل الذي ارتضاه القاضى كزيادة الالتزام المقابل فيود الافلات من مغبة ذلك بطلب الفسخ فكأنه جعل هذا الطلب احتياطيا حتى يرى ما سيفعله القاضى فان راق له الحل كوقف تنفيذ الالتزام مثلا فبها ونعمت أما ان رأى أن الحل سيصيبه بنوع من العبء المادي فانه يحرك وسيلته الاحتياطية المتمثلة في طلب الفسخ ولا شك ان ذلك من قبيل العبث الذي يجب عدم الاستجابة له يساعدنا في ذلك نص المادة ٢/١٤٧ ذاته .

ب) تعديل الالتزامات العقدية :

اذا كان يجوز لطرفى العقد تخلصا من آثار الظرف الطارىء ان يتفاسخا عن هذا العقد فهل يجوز لهما الاكتفاء بتعديل الالتزامات العقدية ؟ وبعبارة أخرى هل يجوز لهما اجراء تسوية ودية لالتزامات العقد ؟ .

لا شك أن هذا الأمر جائز فمن يملك الأكثر يملك الأقل فاذا كان لهما انهاء العقد بالتقايل عنه فلهما الابقاء عليه واجراء

بعض التعديلات التى تروق لهما ويتراضيا عليها بحسبان أنها تخفف عن كاهل كل منهما خاصة المدين بعض الارهاق الناجم عن الظرف الطارئ .

وتعديل الالتزامات العقدية يكون بمثابة عقد جديد يثبت فيه الطرفان ما اتفقا عليه وهذا ما يسمى بتجديد الالتزام .

والتجديد يفترض وجود التزامين احدهما ينقضى والآخر ينشأ مكانه مع وجود الاختلاف بين هذين الالتزامين بشرط اتجاه نية الطرفين لاجراء هذا التجديد(٧٦٧) . ولقد نصت المادة (٣٥٢) على الآتى : " يتجدد الالتزام : أولا بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره .

ثانيا : بتغيير المدين ..... ثالثا : بتغيير الدائن ... "

وقد أكدت على ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية بقولها :
" وللتجديد صور ثلاث : أ) فهو اما أن يكون بتغيير محل الالتزام أو مصدره - ب - واما أن يكون بتغيير الدائن ويحصل ذلك بتراضى ذوي الشأن جميعا وهم المدين والدائن الجديد والدائن القديم . - ج - واما أن يكون بتغيير المدين وقد ينعقد في هذه الصورة

---

(٧٦٧) د. محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام في القانون المدنى المصري - ج ٢ أحكام الالتزام ص ٢٣٢ .

بمعزل عن المدين القديم بمقتضي اتفاق يتم بين الدائن والمدين الجديد[٧٦٨] .

وبناء على ذلك يجوز لكل من الدائن والمدين أن ينهيا العقد الأول ويحلا عقدا جديدا مكانه تصلح التزاماته أن تنفذ فى ظل الظروف التى طرأت دون ارهاق لأي منهما . والتجديد له صور ثلاث[٧٦٩] يمكن اللجوء اليها لمواجهة الظرف الطارئ من قبل الطرفين نستعرضهما من خلال افتراض وجود هذا الظرف .

الصورة الأولى : التجديد بتغيير الدين :

وتجديد الدين متصور سواء تم ذلك في محل الالتزام أو في مصدره ويهمنا في مقام الظروف الطارئة تجديد محل الالتزام . فلا شك أن الارهاق الذي أصاب المدين ويهدده بخسارة فادحة يتمثل في زيادة الكلفة له عند تنفيذ التزامه ونتيجة لذلك اذا تم الأتفاق بين الطرفين على تغيير التزامات العقد بما يتناسب مع هذا الوضع فانهما يقومان بافراغ هذا الاتفاق في عقد جديد يحل محل العقد الأول .

---

(٧٦٨) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٣ ص ٢٤٣ .

(٧٦٩) د. محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص ٢٣٢ ومابعدها د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٨٣٧ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب – دروس في نظرية الالتزام – الاثبات وأحكام الالتزام ص ٤٣١ ومابعدها ، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله – دروس في أحكام الالتزام – مكتبة الجلاء بالمنصورة ص ٣٧٥ وما بعدها .

والتجديد في محل الالتزام قد يكون جوهريا كما اذا كان محل الالتزام قمحا فارتفعت أسعاره ارتفاعا فاحشا فاتفق الطرفان على استبدال هذا المحل (القمح) ليكون سلعة أخرى من التى لا يسبب تنفيذ الالتزام ازاءها ارهاقا للمدين كالقطن مثلا أو بضائع أخرى .

وقد يتمثل التجديد في استبدال بعض عناصر المحل فقط كادخال تعديل وهنا لا يعد ذلك تجديدا الا اذا اتفق الطرفان على انهما قد قصدا من ذلك تجديد الالتزام وفي هذه الحالة يجب الأخذ بما اتجهت اليه ارادة هذين الطرفين والقول بقيام التجديد لأن العقد شريعة المتعاقدين (٧٧٠) .

مثال ذلك أن يقضى الاتفاق بين الطرفين على أن يقوم المدين بتوريد القمح مطحونا ويكون الارهاق في مرحلة الطحن نتيجة ارتفاع اسعاره ارتفاعا فاحشا وكذلك تكاليف نقله فيعيدا النظر في هذا العنصر ويكتفى الدائن بأن يتسلم القمح غير مطحون .

الصورة الثانية : التجديد بتغيير الدائن :

ربما يفشل المدين في الاتفاق مع الدائن على تجديد الالتزام أو اتباع أية وسيلة لمواجهة آثار الظرف الطارىء ولكن قد يكون هناك شخص يريد أن يحل محل الدائن في مواجهة ذات المدين .

(٧٧٠) د. محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ٤٣١ هامش (١) .

وفى هذه الحالة يجب ان يحدث التراضى من المدين وكلا الدائنين الجديد والقديم ونتيجة لذلك ينقضى الالتزام القديم بتغيير لشخص الدائن ليحل محله دائن آخر .

ولا شك ان حلول دائن آخر قد يمثل ميزة للمدين اذ قد يوافق على اتباع سبيل معين بالاتفاق مع المدين من سبل التسوية الودية لمواجهة آثار الظرف الطارئ .

واذا اردنا تصور هذا الوضع عملا فانه قد يحدث ان تكون احدى الشركات الصغيرة مدينة لشركة أخرى وتحدث ظروف طارئة تجعل التزام هذه الشركة مرهقا لها ويهددها بخسارة فادحة فضلا عن ان الدائن لم يوافق على اتباع أي سبيل ودي بالاضافة الى أن هذه الشركة حتى لو تمت معالجة الظرف الطارئ فان نصيبها في الخسارة المألوفة وغير المألوفة يكون قاسيا عليها مما يدفع بعض الشركات المليئة بالحلول محل الدائن مع قبولها لسبيل من السبل الودية في تسوية الالتزامات العقدية .

الصورة الثالثة : التجديد بتغيير المدين :

قد يتفق كل من الطرفين على احلال مدين جديد محل الأول يقبل أن ينفذ الالتزام في ظل هذه الظروف الجديدة . فينقضى بذلك الالتزام القديم وينشأ التزام جديد في ذمة المدين الجديد . ويتم التجديد في هذه الصورة باحدى طريقتين :

الأولى : أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن

على التجديد بأن يحل الثانى محل الأول ويطلق على هذا النوع من التجديد الانابة الكاملة .

الثانية : ان يتفق الدائن مع أجنبى على ان يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الاصلى وعلى ان تبرأ ذمة الأخير دون حاجة لرضائه سواء لانعقاد التجديد أو لنفاذه (٧٧١) .

وهذه الصورة قد تحدث عملا خاصة في ظل المبادىء الرأسمالية فقد تحدث ظروف طارئة تجعل احدى الشركات الصغيرة عاجزة عن مواجهة تلك الظروف وحتى لو تمت معالجة الظرف الطارىء فان ميزانيتها لا تتحمل نصيبها في الخسارة المألوفة وغير المألوفة مما يدعو احدى الشركات الكبرى على سبيل الدعاية أن تحل محل هذه الشركة المدينة بل وتقبل تنفيذ التزامها في ظل هذه الظروف .

وبذلك يستطيع كل من الدائن والمدين اللجوء لوسيلة التجديد كمحاولة لتلافى آثار الظرف الطارىء أو التخفيف من تلك الآثار .

ج) التحايل على حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى :

اذا كان المشرع قد ابطل كل الاتفاقات على مخالفة نص المادة ٢/١٤٧ والسابقة على وقوع الظرف الطارىء الا أن البعض قد آثار نقطة على جانب كبير من الأهمية وترجع آهميتها الى استغلال الأفراد للرخص التى منحها لهم القانون ومن بينها الاعتداد

---

(٧٧١) د. فتحى عبد الرحيم ـ المرجع السابق ص ٣٧٦ .

بالاتفاقات بين المتعاقدين اذا لم تخالف نصا آمرا أو تتعارض مع النظام العام والآداب ومن هذا المنطلق يرى هذا البعض[٧٧٢] امكانية التحايل على النص الذي يتناول نظرية الظروف الطارئة بالاتفاق على جعل العقد احتماليا مما يعنى جواز مخالفة نص المادة ٢/١٤٧ بتحميل أحد المتعاقدين تبعة الحادث الطارىء خاصة وان العقد يمكن ان يكون احتماليا بطبيعته وكذلك باتفاق الطرفين .

ولكن الرد على ذلك كما سبق لنا ذكره بصدد تناول العقود الاحتمالية ومدى جواز تطبيق أحكام المادة ٢/١٤٧ عليها والتى انتهينا الى امكانية هذا التطبيق فيما عدا العنصر الاحتمالى فى العقد والمتمثل في الاحتمال الخاص[٧٧٣] .

ومعنى ما تقدم ان المتعاقدين لو اتفقا على اعتبار عقدهما احتماليا فلا يعنى ذلك استبعاد حكم المادة ٢/١٤٧ كلية عليه ولكن يكون الاستبعاد فيما يتصل بالاحتمال الخاص دون العام . وعلى ذلك يكون التحايل جائزا في الحدود السابق بيانها .

ثالثا : مدى تعارض حكم المادة ٢/١٤٧ مع حكم المادة ١/٢١٧ :

تنص المادة ١/٢١٧ مدنى على الآتى : " يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة " .

---

(٧٧٢) براتشانتى - آثار الارهاق الفادح الطارىء في العقود ص ١١٣ رقم ٣٢ مشار اليه د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٩٠ .

(٧٧٣) أنظر ص ٢٦٥ من الرسالة .

ولا شك أن القوة القاهرة أشد خطرا وأقوى جسامة في أثرها على المدين من الظروف الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بينما يضحى التنفيذ مستحيلا في ظل القوة القاهرة .

الا أن المشرع خالف ذلك المفهوم وقضى ببطلان الاتفاق المخالف لحكم المادة ٢/١٤٧ والذي انتهينا الى ان هذا الخطر ينصرف الى الفترة السابقة لحدوث الظرف الطارىء ولقد اثار مسلك المشرع هذا غرابة الفقهاء وسندهم في ذلك هو ذات العلة السابق طرحها . الا أنهم ـ احتراما لارادة المشرع ـ حاولوا تبرير مسلكه هذا بحجج كثيرة نذكر منها الآتى :

١ـ الظرف الطارىء حادث عام يشمل طائفة من الناس كبيرة فى حين أن القوة القاهرة قد تكون حادثا عاما وقد تكون حادثة فردية (٧٧٤) .

نقد : ويمكن الرد على هذه الحجة بأن المشرع حينما يسن القواعد القانونية انما يقصد من ذلك حماية المتعاملين من عسف بعضهم البعض وهو لا يؤثر بعض المتعاملين دون البعض الآخر ولكن يبسط تلك الحماية باقتفاء أثر كل مظاهر التعامل سواء كانت تلك المظاهر مما تشمل طائفة كبرى من الناس أو تشمل شخصا واحدا .

فليس معنى شمول الظرف الطارىء لطائفة من الناس كثيرة أن المشرع يهمل في اسداء أكبر قدر من الحماية بل على

---

(٧٧٤) د. عبد الحى حجازي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٩٠ .

العكس قد تكون تلك الطائفة في مسيس الحاجة الى الحماية خاصة وأنه يجب مراعاة صالح المجموع اذا تعارض ذلك مع صالح شخص بمفرده .

٢- حكم الظروف الطارئة حديث نسبيا وبالتالى لم يألفه الناس فضلا عن أنه حرم الدائن من ميزة قديمة وأشركه في تحمل جزء من العبء الطارىء ونتيجة لذلك خشى المشرع أن يعمد الدائنون الى التخلص من هذا الحكم بالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الظرف الطارىء .

أما حكم القوة القاهرة فقد رسخ في الاذهان منذ القدم وتقبلته العقول وارتضى به المتعاملون فلا خشية عليه ولذا أجاز المشرع الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم (٧٧٥) .

نقد : هذا التبرير غير مستساغ اذ أن حداثة حكم الظروف الطارئة لا يصلح علة لتبرير مسلك المشرع لأن نص المادة ١/٢١٧ كان حديث النشأة وقت ظهوره ورغم ذلك لم تتغير أحكامه .

فضلا عن ذلك فان مسايرة تلك الحجة تعنى أن المشرع سيعدل من نص المادة ٢/١٤٧ بعد أن تكون قد بلغت من القدم عتيا واستقرت في الاذهان وهذا ما لم يقل به أحد حتى الآن بل اننا ننزه المشرع عن مثل تلك المسالك .

---

(٧٧٥) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

٣- القوة القاهرة كثيرة الحدوث في الحياة العملية وعلى العكس من ذلك الظروف الطارئة مما يدفع المتعاقد الى الاحتياط ضد الحادث الطارئ أكثر مما يتجه الى ذلك ضد القوة القاهرة [(٧٧٦)] .

نقد : يمكن الرد على هذه الحجة بأن المشرع لا يوزع أحكام النصوص بمعيار الغالب الأعم ولا النادر الأخص خاصة وأن القانون علم اجتماعى انسانى يحاكى أحاسيس ومشاعر المجتمع وينظم حياة الجماعة طبقا لظروف المنطقة التى تعيش فيها الا أن هناك أمورا لا يستطيع المشرع التنبوء بها ولو حدثت مرة قد لا تتكرر وكذلك اذا لم تقع فليس معنى ذلك امتناعها مؤبدا فاذا كانت الظروف الطارئة نادرة بحسب الأصل فليس ما يمنع حدوثها على وجه متكرر ينتفى معه وصفها بالندرة وعلى العكس قد يقل وقوع القوة القاهرة على وجه ينتفى معه وصفها بالكثرة فالمعيار اذا غير منضبط .

٤- الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة انما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطرا أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار الاقدام عليها [(٧٧٧)].

وهذه الحجة الأخيرة قد تكون مقنعة الى حد ما خاصة وان حالة الاضطرار التى تتولد لدى المدين قد تدفعه الى قبول اشتراطات

---

(٧٧٦) د . عبد المنعم فرج الصدة ـ المرجع السابق ص ٣٤١ .
(٧٧٧) د . السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٨٤ .

الدائن مما حدا بالمشرع الى ابطال الاتفاق المخالف لنص المادة ٢/١٤٧ وجعل الفقه يفسر البطلان على أنه في الفترة التى تسبق وقوع الظرف الطارئ أما بعد وقوعه فلا شك أن حالة الاضطرار تكون قد انقشعت غمامتها • مما يجيز الاتفاق على المخالفة •

رابعا : مدى سلطة المحكمة في اثارة التنازل :

نفترض أن المدين قد تنازل عن حقه في الاحتكام لنص المادة ٢/١٤٧ وذلك بعد حدوث الظرف الطارئ مما يعنى قبوله لتنفيذ العقد برغم ما سينزل به من ارهاق يهدده بخسارة فادحة •

ورغم ذلك فوجئ الدائن بمدينه يقيم دعوى قضائية طالبا فيها انزال حكم المادة ٢/١٤٧ على العقد توقيا لما عساه يصيبه من ارهاق عند التنفيذ •

ويثور التساؤل : هل يؤثر الدائن الصمت ولا يثير مسألة تنازل المدين عن التمسك بحكم المادة ٢/١٤٧ ظنا منه أن المحكمة ستقضى بذلك من تلقاء نفسها لبروز التنازل وظهوره لكل متصفح لأوراق الدعوى ؟ أم يجب عليه أن يدفع مطالبة المدين بسبق تنازله ؟ •

لا شك أن هذه المسألة تثير مسألة الدفع فى الدعوى ومدى سلطة المحكمة في اثارة الدفع من تلقاء نفسها •

ونظرا لأن المقام لا يتسع للاسهاب في تلك النقطة التى تتعلق

بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية فاننا سنتناول الاجابة عن هذا التساؤل في الحدود التى تفى بالغرض وبايجاز شديد .

باستقراء كتب فقه المرافعات يتبين أن الدفوع التى تثار أمام المحاكم ثلاثة أنواع هى :

١- دفع موضوعى(٧٧٨) :

وهو الدفع الذي يوجه الى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفضها كليا أو جزئيا كالدفع بوفاء الدين أو جزء منه .
ويستند هذا الدفع الى قواعد القانون الموضوعى (المدنى أو التجاري) .

٢- دفع اجرائى (شكلى)(٧٧٩) :

وهو الدفع الذي يوجه الى اجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهى هذه الخصومة دون الفصل في موضوعها أو تأخير ذلك الفصل كالدفع بعدم الاختصاص .

٣- الدفع بعدم القبول(٧٨٠) :

وهو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى كالدفع

---

(٧٧٨) د. وجدي راغب فهمى - مبادئ القضاء المدنى طبعة ١٩٨٦، ص ٤١٤ ، د. عبد الباسط جميعى ، د. محمد محمود ابراهيم مبادئ المرافعات طبعة ١٩٧٨ ص ٥٥٥ .

(٧٧٩) د. وجدي راغب - المرجع السابق ص ٤١٧ ، د. عبد الباسط جميعى - المرجع السابق ص ٥٥٧ .

(٧٨٠) د. وجدي راغب - المرجع السابق ص ٤٢١ ، د. عبد الباسط جميعى - المرجع السابق ص ٥٦٠ .

بانتفاء المصلحة أو الصفة .

ولا شك بعد استعراض أنواع الدفوع في الدعوى أنه يستبين لنا أن الدفع الذي يتصور اشارته في حالتنا التى نحن بصددها هو دفع موضوعى ، موضوعة رفض دعوى المدين لسبق تنازله عن الحق الموضوعى والذي كان يستمده من نص المادة ٢/١٤٧ مدنى .

والقاعدة في قانون المرافعات أن الدفع الموضوعى لا يجوز للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه بل يشترط القانون أن يتمسك به الخصم (٧٨١) الا اذا تعلق هذا الدفع بالنظام العام ففى هذه الحالة يستطيع القاضى أن يثير هذا الدفع ويتصدى للمسألة من تلقاء نفسه . كما اذا كان العقد موضوع الدعوى باطلا لعدم مشروعية السبب (٧٨٢) .

وعلى ضوء ما تقدم لا يستطيع القاضى أن يتصدى لمسألة تنازل المدين من تلقاء نفسه لأن ليس فيها ما يخالف النظام العام بل لا بد أن يتمسك الدائن بها ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (٧٨٣) . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض . واذا كان لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لتنازل المدين من تلقاء نفسها الا أن الدائن اذا أثار مسألة التنازل فعلية اثباته فاذا فشل فى ذلك فان القاضى يقضى برفض طلبات

---

(٧٨١) د . وجدي راغب ـ المرجع السابق ص ٤١٥ .
(٧٨٢) المرجع السابق ص ٤١٦ .
(٧٨٣) المرجع السابق ص ٤١٧ .

الدائـن من تلقاء نفسه ولو لم يكن المدين قد أنكرهـا صراحـة (٧٨٤) .

فقد قضت محكمة النقض بأنه " لا محل للنعي على الحكم بمخالفة القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه في عقد البيع من فسخ العقد اذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتتبين محكمة النقض ما اذا كان يحوي شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها في تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وامكانها الوفاء أو عرض الوفاء بعد رفع دعوى الفسخ (٧٨٥) .

خامسا : موقف التقنينات المقارنة :

نتناول الآن موقف التقنينات المقارنة لمعرفة مدى اتفاقها أو اختلافها مع التشريع المصري وذلك على النحو التالى :

١- موقف التقنين الفرنسى :

برغم أن نظرية الظروف الطارئة لم ترق حتى الآن للمشرع الفرنسى ولم تحظ باهتمامه الا أن الفقه كان على النقيض من ذلك فحاول من جانبه جاهدا أن يضع لها اطارا يحوي عدة ضوابط يجب توافرها للقول بوجود الظرف الطارئ .

---

(٧٨٤) المرجع السابق ص ٤١٦ .

(٧٨٥) نقض مدنى ١٠/٤/١٩٥٢ - م نقض م - ١٣٩ - ٨٥٤ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٥ .

ومن بين هذه الشروط ألا يوجد في العقد شرط خاص يلزم أحد المتعاقدين أو كليهما بتنفيذ العقد مهما يحدث وبالرغم من حدوث أي حادث مهما كانت نتائجه على تنفيذ العقد (٧٨٦) .

والمتأمل لهذا الشرط يلاحظ أن الفقه الفرنسى كان يحاول اثناء المشرع عن موقفه العنيد من النظرية فراح يسجل شروطا لها هى عبارة عن ترجمة للمبادىء القانونية السائدة كمبدأ تحمل تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ولم يميز النظرية بما يلفت نظر المشرع الى أهميتها مما جعل الوضع في التشريع الفرنسى حتى الآن مجافى لتقنينها ولا شك أن الذي دفع الفقه الفرنسى لاجازة اشتراط تحمل المدين لتبعة الظرف الطارىء هو مبدأ القياس من باب أولى بمعنى أنه اذا أجيز اشتراط ذلك في القوة القاهرة وهى أعظم خطرا من الظروف الطارئة فمن باب أولى يجاز ذلك بالنسبة للظروف الطارئة خاصة وأنها أقل خطرا من سابقتها .

٢- التقنين البولندي :

باستعراض نص المادة (٢٦٩) من التقنين البولندي نراها لم تشر الى ابطال الاتفاقات التى تستبعد تطبيق أحكام النظرية فهى لم تقرها ولم تبطلها مما يعنى أن هذا النص لا يعد نصا آمرا تبطل مخالفته وانما هو نص عادي يخضع للمبادىء العامة السائدة

---

(٧٨٦) د. محمد عبد الجواد ــ الغبن اللاحق والظروف الطارئة ص ١٨٤

فى التقنين البولندي ومن بينها جواز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الظروف الطارئة .

وعلى ذلك لم يشأ المشرع البولندي أن يميز الظروف الطارئة عن غيرها من المبادىء التى تسود هذا التشريع .

٣- التقنيـن الايطالـى :

باستعراض نص المادة (١٤٦٧) من التقنين المدنى الايطالـى نراها لم تشر من قريب أو بعيد لشرط استبعاد أحكام النظرية مما يعنى أن المشرع الايطالى لا يرى غضاضة من أن يسري على نص المادة (١٤٦٧) المبادىء العامة التى تسري على سائر العقودفى كافة الظـروف .

ألا ان الفقه الايطالى لم يقنع بذلك وتفرق في شأن شروط استبعاد أحكام النظرية الى مؤيد لتلك الشروط استصحابا للتفسير التشريعى الذي سقناه وبأن النص الذي يقرر النظرية شأنه في ذلك شأن كافة النصوص التى لم تقيد بقيد تشريعى يبطل مخالفتها (٧٨٧).

وعلى النقيض من ذلك يرى بعض الفقهاء الايطاليين أن نص المادة (١٤٦٧) لا يتسع لمثل هذا الشرط لأنه نص آمر ليس في وسع الأفراد الاتفاق على مخالفته (٧٨٨) .

---

(٧٨٧) هذا الاتجاه بزعامة بارشانتى وأنريتى - مشار اليه د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٨٩ هامش (٣) .

(٧٨٨) هذا الاتجاه بزعامة مسينيو - مشار اليه د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق - نفس الموضع .

الفرع الثاني

سريان حكم النظرية من حيث الزمان

قد يبدو من غير الملائم تناول مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان في اطار نظرية الظروف الطارئة لأن مكمن المشكلة في التنازع الزمنى قد لا يكون له وجود في هذا المقام خاصة وان تطبيق القانون المدنى الجديد (طبق في ١٩٤٩/١٠/١٥) والذي احتوى بين جنباته هذه النظرية قد مضى عليه ما يربو على الأربعين عاما مما يثير الشك في وجود عقد تم ابرامه في وقت سابق على ١٩٤٩/١٠/١٥م ويستمر تنفيذه الى يومنا هذا فضلا عن أن هذا البعد الزمنى قد اعترضته ولا شك ظروف طارئة متعددة تناولت معظم مظاهر النشاط التعاقدي مما يعنى أن أمر تطبيق النظرية قد حسمت كل جوانبه منذ فترة ليست بالقليلة .

الا أنه ورغم ما قد يبدو - لأول وهلة - من وجاهة هذه المبررات الا أن الأمانة العلمية تفرض علينا معالجة هذا الأمر لعلة ذات وجهين أما وجهها الأول فيثبت في ضرورة استكمال الشكل بالنسبة للبحث العلمى بما يظهره بطريقة متكاملة . وأما الوجه الثانى فيستتر وراء حقيقة هامة تجد ذاتها فى أن القانون يحاكى المعطيات الاجتماعية اذ ما هو الا ظاهرة من الظواهر الاجتماعية ولما كانت أدوات تلك الظواهر ومنها العقود غير متناهية ولا تقع تحت حصر فاننا قد نفاجأ بوجود أحد العقود المبرمة قبل ٤٩/١٠/١٥ ويريد المدين فيه تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ عند توافر شروطه

وليس هذا الأمر بمستغرب على عالم القانون فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في ١٨٥٦/١/٩ حكما لمحكمة جرينوبل يتعلق بعقد أبرم فى ق ١٦ وتبدلت كل ظروفه الاقتصادية وبعبارة أخرى فقد عرض على القضاء الفرنسى عقد ابرم قبل ما يقرب من مائتى عام (٧٨٩) مما يزيد احتمالات عرض مثل ذلك على القضاء المصري استصحابا للحكمة الأزلية " الليالى حبالى تلد كل غريب " .

من هذا المنطلق نتولى معالجة مشكلة التنازع الزمنى من خلال منظور الظروف الطارئة .

وبادئ ذي بدء نقدم الفروض الثلاثة التقليدية لمشكلة التنازع الزمنى لنستجلى الوجه الحقيقى لها وذلك أيضا في اطار نظرية الظروف الطارئة (٧٩٠) .

الفرض الأول :

عقد ابرم وينتهى تنفيذه قبل ١٩٤٩/١٠/١٥م وهنا لا تثور أدنى مشكلة اذ أن القانون القديم هو الذي يحكم أداءات هذا العقد وبالتالى لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

---

(٧٨٩) مشار اليه أسعد الكورانى - المرجع السابق ص ٢١٨ .
(٧٩٠) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٨٧ حيث أشار لهذه الفروض .

الفـــرض الثـانــــى :

عقد ابرم بعد ١٩٤٩/١٠/١٥ وفى هذا الفرض لا توجد كذلك أدنى مشكلة اذ يحكم التقنين الجديد آثار هذا العقد وبالتالى تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئـة .

الفـــرض الثالـــث :

عقد ابرم قبل نفاذ التقنين الجديد وتراخى تنفيذه الى مـــا بعد ١٩٤٩/١٠/١٥م وهنا نجد آثار العقد يتنازعها قانونين فيثـور التساؤل عن أيهما يحكم تلك الآثار ؟ هل القانون القديم بما لـــه من استمرار في حكم آثار ما ابرم في ظله ؟ أم القانون الجديـــد بما له من سلطان يتمثل في أثره المباشر في حكم كافة الآثـــار الناتجة في ظله ولو كان مركزها القانونى قد نشأ قبل ذلـــك ؟ تلك ببساطة هى جوهر مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان والتـى كان لها صدى عالمي وما زال ولم يستطيع الفقه ان يقدم حلا كامـــلا لما خلفته تلك المسألة من مشاكل وأزمات حتى عضل على أي مشـــرع أن ينفرد بحل نهائى وحاسم . ولكن ليس معنى ذلك أنها مشكلـــة بلا حل فقد قدمت لها الحلول ونستطيع القول بأن ناصية الأمر فـــى هذا المجال تتنازعه نظريتان احداهما تسمى بالنظرية التقليديـــة والثانية تسمى بالنظرية الحديثة وليس هنا مجال تناولهما ولكـــن نشير في عجالة الى الأصول العامة المستقاة من فقه النظريتين والتـى يكاد اجماع الفقه ينعقد عليهما . وهذه الأصول هى[٧٩١] .

(٧٩١) د. حسين كيرة المرجع السابق ص ٣٧٨-٣٧٩ ، د. حســــام الأهوانى - أصول القانون ص ٣٧٩ .

١- ليس للقانون الجديد أثر رجعى فلا يمس ما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية .

٢- للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التى لا تزال في دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر في الماضى من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء وكذلك الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الماضية .

٣- للقانون القديم استثناء أثر مستمر في شأن الآثار المستقبلة للعقود المبرمة في ظله الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام فيسترد سلطانه المباشر فى حكمها .

ويسوق استاذنا الدكتور حمدي عبد الرحمن(٧٩٢) تبريرا لهذا الاستثناء مفاده " أن المركز الشخصى يخضع في تنظيم أحكامه وآثاره لارادة طرفيه وانهما قد وضعا في الاعتبار عند ابرام العقد مما يضعه القانون المعمول به في ذلك الحين من أحكام فاذا قلنا بتطبيق قانون جديد على هذه العلاقة لأدى ذلك الى قلب مضمون توازن المصالح الذي حققه الأطراف عند ابرام العقد " .

يضاف لذلك أن عدم رجعية القوانين تجد تبريرها في دعم ثقة الناس في المشرع بما يطمئنهم على سلامة معاملاتهم اذ لو قدر

---

(٧٩٢) د. حمدي عبد الرحمن - المدخل الى القانون - نظرية القانون ص ٢٧٩ .

جمهور المتعاملين أن قانونا ربما صدر وأتى بقواعد لو طبقت على ما أبرموه من عقود لأصابتهم بضرر كبير وساد بينهم القلق والتردد ولأحجم الكثيرون عن العقد كأداة للتعامل ولاتصف المجتمع بالاضطراب وعدم استقرار الأمور وتلك أمور يتحاشاها المشرع وبالتالى تأخذ معظم التشريعات ان لم يكن كلها بمبدأ عدم رجعية القوانين[(٧٩٣)] .

وهذا المبدأ (سريان القانون القديم على الروابط العقدية) كانت تؤكده المادة (٧) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى المصري الحالى بقولها : " اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب[(٧٩٤)] " .

ولقد أكدت محكمة النقض في العديد من أحكامها هذا المبدأ بقولها : " ..... الا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة الى علاقات سابقة عليه اعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون هذا ولئن كان من المقرر استثناء من هذا المبدأ الأخير تحقيقا للاستقرار في العلاقات التعاقدية وتأكيدا لمبدأ

---

(٧٩٣) د. منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص ٢٠٣ .
(٧٩٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ١ ص ٢١٤ .

سلطان الارادة في نطاق المشروعية سريان أحكام القانون الذي ابرم العقد في ظله على ما يتولد عنه من آثار مستقبلية ولو أدركها قانون جديد الا أن ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام .... (٧٩٥)" .

من جماع ما سبق يبين لنا أن القانون القديم ذو أثر مستمر بمقتضاه يحكم آثار العقود التى ابرمت في ظله بالرغم من صدور قانون جديد ولا يستثنى من هذا المبدأ الا حالتين فقط وهما كون القاعدة القانونية الجديدة متعلقة بالنظام العام أو اذا كان هناك نص صريح أو ارادة ضمنية للمشرع تتجه الى تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر اذ يجب في هذه الحالة احترام تلك الارادة (٧٩٦) .

وعلى ذلك فالقول بامكانية تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى على العقود المبرمة قبل ١٩٤٩/١٠/١٥ والتى مازالت تنتج آثارها بعد ذلك يتوقف على ثبوت أحد أمرين اما وجود نص تشريعى صريح أو ضمنى يقرر تطبيق المادة ٢/١٤٧ بأثر مباشر على المراكز القانونية الموجودة وقت تطبيق حكمها أو أن هذه المادة من النظام العام . وهنا يثور التساؤل عما هو نصيب المادة ٢/١٤٧ من هذين الأمرين ؟. وللاجابة على ذلك نبادر الى القول بأنه لا يوجد نص صريح فى هذا المقام ولم يدعى أحد من الفقهاء بأن هناك ارادة ضمنية للمشرع كذلك. اذ لم يبق أمامنا سوى البحث عما اذا كان حكم هذه المادة متعلقا بالنظام

(٧٩٥) نقض مدنى ١٩٧٩/٥/٥ — الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ ق — محمد كمال عبد العزيز ص ٩٤ .

(٧٩٦) د. حمدي عبد الرحمن — المرجع السابق ص ٢٧٩ .

العام من عدمه .

ولقد انقسم جمهور الفقهاء من هذه الزاوية الى فريقين :

الأول : ويرى أن حكم المادة ٢/١٤٧ من النظام العام (٧٩٧) وبالتالى يسري بأثر مباشر وفوري على كافة العقود القائمة وقت صدور التقنين المدنى في ١٩٤٩/١٠/١٥م يستوي فى ذلك العقود التى ابرمت فى الماضى أو تلك التى ابرمت في ظل القانون الجديد .

ويزيد بعض انصار هذا الفريق لتبرير وجهة نظرهم بأن المحاكم المصرية كانت تميل قبل صدور التقنين المدنى الحالى الى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بالرغم من عدم وجود نص مقرر لها (٧٩٨) .

ويبدو أن حجة هذا الفريق فيما ذهب اليه تكمن في أن نص المادة ٢/١٤٧ نص آمر وبالتالى يعد من النظام العام .

الثانى : ويرى أن نص المادة ٢/١٤٧ مدنى ليس من النظام العام برغم أنه نص آمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه (٧٩٩) .

ويبرر هذا الفريق ما ذهب اليه بأن حكم النظرية يرمى الى حماية مصلحة خاصة للأفراد بهدف توفير الحماية لمن يتعاقد

---

(٧٩٧) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٣٧ ، أسعد الكورانى ، المرجع السابق ص ٢٤٥ ، د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٩١ .

(٧٩٨) د. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج١ - مصادر الالتزام ص ٣٨٣ .

(٧٩٩) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٢٩ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧٠ ، د. حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٣٢١ ، د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٣٤٣ .

لا تخفيف العبء عمن سبق له أن تعاقد .

واذ انتهينا من عرض آراء الفقهاء حول مدى اعتبار نص المادة ٢/١٤٧ مدنى من النظام العام فانى اعتقد ان مذهب الفريق الثانى أرجح فيما اتجه اليه من ان حكم المادة ٢/١٤٧ ليس من النظام العام وقبل أن أسوق دليلي على ما اعتقدت أنه الصواب فانى أشير الى أن الفريق الأول ارتكز على نقطتين هامتين للقول بأن نص المادة ٢/١٤٧ من النظام العام وهما كون هذا النص آمر فضلا عن اتجاه أحكام المحاكم الى تطبيق حكم النظرية قبل اعتراف المشرع بها .

أما دليلي على الميل نحو ما ارتآه الفريق الثانى فيتلخص فى النقاط الآتية :

١- الأساس الذي يبنى عليه النظام العام في التشريع الوضعى هو موضوع الحكم وكونه متعلقا بمصلحة المجتمع كله أو بمصلحة خاصة ببعض الأفراد ومن هنا كان اختلاف مفهومه باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات وذلك على عكس الشريعة الاسلامية اذ يبنى أساس النظام العام فيها على دليل الحكم فان ورد في نص صريح قطعي الثبوت والدلالة كان من النظام العام ولا يجوز مخالفته .

وبذلك ننتهى الى ان هذه الفكرة من المرونة والغموض بحيث

تستعصى على ان يوضع لها معيار منضبط(٨٠٠) .

الا أن الفقه وكذلك القضاء أمام تلك المرونة لم يقف مكتوف الأيدي بل اجتهد في تحديد الاطار العام لتلك الفكرة تاركا الجزء الأكبر من تطبيقاتها للمفاهيم السائدة لدى كل مجتمع وبحسب المنظور الزمنى لتلك المفاهيم • وقد عرفت محكمة النقض النظام العام بأنه القواعد التى ترمى الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتى تتعلق بالوضع المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية لأن الأخيرة لا تقوم أمام المصلحة العامة ٠٠٠٠ وان فكرة النظام العام تقوم على اساس علمانى بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية (٨٠١) .

---

(٨٠٠) الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ تفسير النصوص القانونية وتأويلها ـ مجلة المحاماة ـ السنة ٣١ العدد (١) ص ١٨٢ ، د• محمد على عرفة ـ مبادئ العلوم القانونية جـ ١ طبعة سنة ١٩٥٠ ص ١٧٦ وما بعدها ، د• عبد الحى حجازي ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية طبعة سنة ١٩٦٦ ص ٣٤٣ وما بعدها ، د• توفيق حسن فرج ـ المدخل للعلوم القانونية طبعة ١٩٦٩ ص ٢١٨ وما بعدها ، د• حسام الأهوانى ـ المرجع السابق ص ٩٩ وما بعدها .

(٨٠١) نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٧ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ق ـ ١ـ٢٦٧ رقم ٦٠ ، ١٩٨٠/٤/٢٣ ـ مجموعة أحكام النقض ٣٠ لسنة ٣١ ق ص ١١٩٣ رقم ٢٣١ مشار اليه ، د• حسام الأهوانى ـ المرجع السابق ص ٩٧ هامش (١) .

وكذلك يرى بعض من الفقهاء أن النظام العام هو القواعد التي يقصد بها الى تحقيق مصلحة عامة سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية (٨٠٢).

كذلك عرفه آخرون بأنه " مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي مجموع الأسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها (٨٠٣).

النظام العام اذا هو تلك القواعد الشديدة الصلة بكيان الدولة السياسى أو الاقتصادي أو الاجتماعى بحيث لو تصورنا انهيار قاعدة من تلك القواعد لترتب على ذلك اختلال كيان الدولة فى المجال الذي انهار ولاختل النظام فيها وعمت الفوضى •

وبعبارة أخرى تمثل هذه القواعد العمود الفقري لكيان الدولة والذي منه تنطلق سبل الحياة والحركة وانتظامهما ولا شك أن أول ما يتبادر الى الذهن من تطبيق تلك القواعد هو أفرع القانون العام من قانون دستوري وجنائى وضريبى •••• الخ أما قواعد القانون الخاص فيتعلق منها بالنظام العام ما يؤدي الاخلال به الى انهيار جانب بل ربما كل جوانب كيان الدولة فمثلا قانون الأحوال الشخصية تعد كل قواعده من النظام العام لأنه ينظم الأسرة وهى اللبنة

---

(٨٠٢) د• عبد الودود يحى – المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون – ص ٦٥ ، د• حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٢٠٣ ، د• منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص ٦٣ •

(٨٠٣) د• حسين كيرة – المرجع السابق ص ٤٧ – ٤٨ •

الأولى في صرح المجتمع والذي ان صلحت صلح المجتمع وان فسدت فسد المجتمع أما فى جانب المعاملات أو الأحوال العينية فمنها ما يتعلق بالنظام العام وما لا يتعلق فمثلا نص م (٨٣٤) مدنى بأنه لا يجوز الاتفاق على ان تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنوات لأن الالتزام بالبقاء فى الشيوع مدة طويلة لا يكون لكل شريك خلالها حق طلب القسمة يمس الكيان الاقتصادي للدولة من زاوية انه يعرقل النشاط الاقتصادي ويضر بحسن استغلال الأموال(٨٠٤) .

وهكذا نجد أن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام يؤدي الاهمال في تطبيقها الى انهيار أو تصدع كيان الجماعة لانها تدخل في تكوين النسيج الخلوي لها بحيث اذا فقد بعضه كان بمثابة عاهة مستديمة يصعب البرؤ منها .

وبانزال هذه الضوابط على نص المادة ٢/١٤٧ نجد أنه لايتعلق بالنظام العام بل هو متعلق بمصلحة خاصة هى مصلحة المدين الذي نال منه الارهاق نتيجة للظرف الطارئ فأراد المشرع بذلك حمايته وجعل زمام الأمور بيد القاضى كطرف محايد لشدة تعارض المصالح بين المدين ودائنه على خلاف ما تقضى به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . والقاضى لا ينهى العقد ولا يرفع عن كاهل المدين كل ارهاق كل ما فى الأمر أنه يوزع الارهاق الزائد عما هو مألوف

---

(٨٠٤) د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٦٦،د. حسام الأهوانى - المرجع السابق ص ١٠١ - ١٠٢ .

على كل من الدائن والمدين وبعبارة أخرى يخرج المدين من هذه الصفقة غير غانم بل هو غارم ولكن في الحدود المعقولة وليس هذا هو المنطق الذي يسود ازاء القواعد المتعلقة بالنظام العام .

ولا يقدح فيما قلناه أن نص المادة ٢/١٤٧ نص آمر ، كما سبق أن أوضحنا ذلك حال تناولنا لمدى صحة اتفاقات الأطراف على مخالفة هذا النص ـ اذ القاعدة أن النصوص الآمرة لا تتصل كلها بالنظام العام بمعنى أن القواعد المتعلقة بالنظام العام كلها آمرة والعكس غير صحيح(٨٠٥) .

ولعله من نافلة القول أن نتيمن شطر محكمة النقض نستلهم من قضائها ما يؤكد ما ذهبنا اليه اذ هى تقرر وهى بصدد أحد الطعون المعروضة عليها مسألة " اذا لم يطلب الطاعن (المشتري) أمام محكمة الموضوع تطبيق الظروف الطارئة فلا يجوز له ابداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض(٨٠٦) " .

والحكم المتقدم يؤكد أن حكم المادة ٢/١٤٧ ليس من النظام العام لأنه لو كان كذلك لتعقب القضاء تطبيقه حتى في أقصى درجات التقاضى ولو لم يطلب صاحب المصلحة ذلك لأن الأمر لا يكون متعلقا به وحده بل يمس كيان الدولة مساسا شديدا ومباشرا وهذا ما لا نجده في الحكم المتقدم اذ أن الطاعن لو فوت على نفسه فرصة ابداء هذا الدفع أمام محكمة الموضوع لما جاز له التمسك به أمام

---

(٨٠٥) د. حسام الأهوانى ـ المرجع السابق ص ٩٨ .

(٨٠٦) نقض مدنى ١٩٦٨/٧/٣ ـ م نقض م ـ ١٩ ـ ١٢٣٩ محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٧ .

النقض يضاف الى ذلك أنه من المستقر في فقه المرافعات أن الدفع المتعلق بالنظام العام يسمى دفعا بالمعنى الواسع بمعنى أنه لا يتوقف على ارادة الخصوم بل يرتب آثره بقوة القانون ويثيره القاضى من تلقاء نفسه أيا كانت درجة التقاضى أي سواء كان ذلك أمام أول أو ثانى درجة أو حتى أمام النقض(٨٠٧) بل ان بعض الفقهاء ذهب الى ما هو أبعد من ذلك اذ قدر أن الدفع بالمعنى الواسع لا يقبل التنازل عنه ولا يتقادم وعلى العكس الدفع بالمعنى الضيق اذ يقبل ذلك(٨٠٨) .

٢- حقيقة أن نص المادة ٢/١٤٧ نص آمر ومعلوم أن مثل هذا النص لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه لأن المشرع يرمى من وراء ذلك الى هدف معين يختلف باختلاف المركز القانونى الذي ينظمه .

والعلة وحسب ما انتهينا الى ذلك من كون نص المادة ٢/١٤٧ آمر هى حماية المدين من أن يتحكم فيه الدائن وقت ابرام العقد ويشترط عليه عدم الاحتكام الى نص المادة ٢/١٤٧ عندما تحدث ظروف طارئة أثناء تنفيذه لالتزاماته وقد يكون المدين في مسيس الحاجة لابرام العقد فيرضخ لرغبات الدائن فأراد المشرع بذلك حمايته كما فعل من قبل مع الطرف المذعن في عقود الاذعان (المادة ١٤٩ مدنى) فاجاز للقاضى أن يعدل في الشروط التعسفية أو يعفى

---

(٨٠٧) د. وجدي راغب فهمى - المرجع السابق ص ٤١٥ .
(٨٠٨) د. فتحى والى - نظرية البطلان - مشار اليه - د. وجدي راغب - المرجع السابق ص ٤١٥ هامش (٤١) .

الطرف المذعن منها كلية وهكذا نجد المشرع يترك الحرية للطرفين في صياغة العقد على اعتبار ان كفة كل منهما مساوية للأخرى فاذا ما بان له أي وجه للاختلال تدخل ليعيد التوازن بين الكفتين حتى اذا ما تم ذلك ترك مسيرة العقد كما أرادها الطرفان دون تدخل منه ٠

ومعنى ما تقدم ان القاعدة الآمرة قد لا تكون كذلك الى ما لا نهاية بل تكون كذلك في حدود ما قصد اليه المشرع واذا كان المشرع قد قرر بطلان الاتفاقات التى تخالف حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى انما كان ذلك لتلافى شبهة الضغط على ارادة المدين ليقبل مالايريد لو ترك له الخيار أما اذا لم يكن لتلك الشبهة مجال فقد انتهينا فيما سبق الى جواز الاتفاق على ما يخالف حكم المادة ٢/١٤٧ ٠

وتأكيدا لذلك فان نص المادة ٢٢٧ مدنى الذي حدد سعر الفائدة الاتفاقية بما لا يزيد على ٧٪ هو نص يتعلق بالنظام العام نظرا لأن الفائدة ضرب من ضروب الربا وهو محرم في كل الشرائع وبالتالى فهو يمس الكيان الاجتماعى للدولة وكذلك الاخلاقى نظرا لأن الشريعة الاسلامية وهى الدين الرسمى للدولة هى التى تحدد المسارات الاجتماعية داخل الدولة ولذلك لا غرابة أن يعد هذا النص من النظام العام وبالتالى فهو ذو أثر فوري على العقود التى تنتج آثرها في ظله ولو آبرمت في ظل التقنين القديم الذي كان يقرر سعر فائدة أعلى وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها : " نص م ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية الى ٧٪ ٠٠٠٠ ولما كان

تعيين الحد الاقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام فان حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد في ٤٩/١٠/١٥ ويسري السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون(٨٠٩) .

٣- أن تطبيق المحاكم المصرية لحكم نظرية الظروف الطارئة فى ظل التقنين المدنى القديم لا يدل على انسحاب حكم المادة ٢/١٤٧ على العقود التى ابرمت قبل ١٩٤٩/١٠/١٥م لأن أحكام تلك المحاكم كانت بمثابة اجتهاد لحث المشرع على مسارعة تقنين النظرية ونظرا لأن هذا الاجتهاد لا يؤيده نص تشريعى وبالتالى يخرج القاضى عن مهمته الاساسية التى هى تطبيق القانون لا ابتداع قواعده فقد كلل هذا الاجتهاد القضائى بالفشل ويكفى استعراض مثل واحد من هذه الاجتهادات لنقف على صدق ما ندعيه ولعل من أشهر تلك الأحكام حكم محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٩٣١/٤/٩م بشأن القضية الخاصة بارتفاع سعر الذرة العويجة الذي كان قد التزم أحد المتعهدين بتوريده لمصلحة الحدود اذ انتهت المحكمة (استئناف مصر الوطنية) الى قبول نظرية الحوادث الطارئة وتطبيقها على وقائع الدعوى الا أن محكمة النقض المصرية ألغت هذا الحكم ومن مجمل ما استندت اليه أنه ما كان يجب على محكمة الاستئناف أن تقيد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقيد من عند نفسها

---

(٨٠٩) نقض مدنى ١٩٦٣/٦/٧ – م نقض م – ١٤-٩٣٦ – محمد كمال عبد العزيز ص ٨٤٠ .

وأن نصوص التقنين المدنى (القديم) كان بها من النظريات ما تلاحق به أي طوارئ تعترض التزامات أحد الطرفين كنظرية الاثراء على حساب الغير ونظرية الافراط في استعمال الحق .

واضافت المحكمة الى ان المشرع بعدم اعترافه حتى الآن بهذه النظرية انما أراد أن يجعل زمام تطبيقها بيده فيعترف بها وقت يشاء وبالضوابط التى يراها (٨١٠) .

ويفهم من حكم النقض السابق أنه يجب احترام ارادة المشرع وعدم تأويلها الى ما يخالف ارادته وعلى ذلك ورغم قسوة الظروف التى تعرض لها المتعهد في الدعوى السابقة الا ان محكمة النقض لم تستطع ان تحيد عن تطبيق القانون كما هو احتراما لارادة المشرع من ناحية وباعتبار أن المصلحة موضوع الدعوى - من ناحية أخرى - مصلحة خاصة لا تمس كيان الدولة سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية وبالتالى ليست من المصالح التى تعد تطبيقا من تطبيقات النظام العام .

وبذلك نكون قد انتهينا من معالجة تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من حيث الزمان وخلصنا الى ان هذا النص يطبق بأثر فوري ابتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥ وذلك على العقود التى تبرم من هذا التاريخ دون مساس بتلك التى أبرمت في ظل التقنين المدنى القديم حتى ولو كانت

---

(٨١٠) نقض مدنى ١٩٣٢/١/١٤ - مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ٣٢ق ص ٥٢ .

ما تزال تنتج آثارها في ظل التقنين الجديد والذي لا يستطيـــــع المساس بتلك الآثار لأن حكم المادة ٢/١٤٧ ليس من النظام العـــام فضلا عن أنه لم يرد نص تشريعى صريح يجيز ذلك ولا توجـــــد ارادة ضمنيـة للمشرع بذلـك .

-٠-

الفـرع الثالـث

نطاق دعوى رد الالـتزام المرهق الى الحد المعقول مـن حيـث الأشخـاص

اذا وقعت الظروف الطارئة فـان الأمر لـن يخرج ونحن بصـــدد الالـتزام التعـاقدي عن أحد فرضيـن : الأول هو أن يتفق الدائـــن والمدين علـى اجراء التسويـة الودية علـى نحو ما فصلـنا .

الثـانى : أن يلجأ المدين الى القضاء لـرد الالـتزام المرهق الـى الحد المعقول أو يرفع الدائن الدعوى لارغام المدين علـى التنفيذ .

الى هذا الحد يبدو الأمر طبيعيا وهو أن طرفا دعـــوى رد الالـتزام المرهق الى الحد المعقول هما نفس طرفا العقد المثارة الدعوى بشأنه الا أن الأمر لا يسير علـى هذه الوتيرة دائما اذ قد يبـرم العقد من قبل طرفيه ثم يمتد أثر هذا العقد الى من لم يكن طرفـا فيه اما بسبب الاستخلاف بمظاهره المختلفة أي سواء كانت الخلافـة عامة كما في الميراث أو الوصيـة بجزء من التركة وقد تكون خاصـة كما في الوصيـة بعين معينة وأخيرا قد تكون الخلافة خاصة حـال الحيـاة (٨١١).

وأخيرا فقد أعطى المشرع الدائن عدة وسائل يستطيع بمقتضاها

---

(٨١١) د. عبد الحى حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ج ١ ـ مصادر الالتزام ص ٦٦٧ .

أن يتفادى النتائج المترتبة على تصرفات المدين الايجابية والسلبية والتى يقصد من ورائها الاضرار بدائنه وأهم تلك الوسائل الدعوى غير المباشرة .

ويثور التساؤل ازاء المفترضات السابقة حول مدى امتداد نطاق دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول الى هؤلاء جميعا أو الى بعضهم ؟ .

هذا ما سنحاول الاجابة عليه تباعا بتقسيم البحث الى عدة بنود على النحو التالى :

- البند الأول : الخلف العام .
- البند الثانى : الخلف الخاص .
- البند الثالث : الدائنون الشخصيون .

-٠-

البند الأول

الخلف العام

تعريف :

الخلف العام أو الخلف بسبب عام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في كسر حسابي منها كالربع أو الثلث ـ كالوارث أو الموصى له بجزء من التركة (٨١٢).

فاذا ما توفى الشخص حل محله ورثته أو الموصى لهم فيما ابرمه من عقود قبل وفاته ولم تنفذ بعد فاذا تمثل الورثة في وارث وحيد كان خلفا عاما يخلف مورثه في كل ذمته المالية وفي حالة تعدد الورثة يعتبر كل منهم خلفا عاما في كسر حسابي بمقدار نصيبه في التركة وكذلك الموصى له بكسر حسابي من الذمة يعتبر خلفا عاما .

واذا كانت القاعدة هي انتقال الحقوق من السلف الى الخلف الا أن انتقال الالتزامات مقيد بالقاعدة الشرعية الاسلامية " لا تركة

---

(٨١٢) لمزيد من التفصيل أنظر : د. السنهوري ـ المرجع السابق ص ٧٢٠ وما بعدها ، د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ٣٦٤ ، د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٢٤١ ، د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص ٣٤١ .
كذلك : نقض مدني ١٩٧٢/٥/١١ ـ م نقض م ـ ٢٣ـ٨٥٢ ، ١٩٥٧/١٢/٢٦ ـ م ق م ـ ٨ـ٩٦٠ ، ١٩٦٤/١/٩ ـ م نقض م ـ ١٥ـ٤٣، ١٩٧٦/٦/١٦ ـ م نقض م ـ ٢٧ـ١٣٩١ ـ محمد كمال عبد العزيز ص ٣٩٧ـ٤٠١ .

الا بعد سداد الديون " ومقتضى هذا المبدأ أن الالتزامات لا تنتقل الى ذمة الورثة بل تبقى معلقة بأموال التركة حتى تنقضي ومن ناحية أخرى لا يلتزم الورثة ازاء دائنى المورث الا فى حدود ما آل اليهم من التركة وفى هذا المعنى قضت محكمة قنا الابتدائية بقولها : " أنه لما كان مقتضى قاعدة " لا تركة الا بعد سداد الديون " أن يكون لدائن المتوفى الرجوع على تركته بالدين كاملا ينفذ به عليها وان جاز لدائن المتوفى - من ناحية أخرى - ان يرجع على كل وارث فبحصته فى دين مورثه بقدر ما أفاد من تركته دون تضامن بين الورثة لعدم قيام سنده (٨١٣)" .

الا أن هناك حالات يكون الشخص فيها خلفا عاما دون أن ينصرف اليه أثر عقد سلفه وهى(٨١٤) :

١- اذا أتفق المتعاقدان على ذلك طبقا لقاعد العقد شريعة المتعاقدين كما اذا اتفقا على أن يمنح المشتري أجلا لا ينتقل لورثته من بعده فاذا مات المشتري حل الدين فورا .

٢- اذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام تأبى ان ينتقل من المتعاقد الى خلفه كحق الانتفاع الذي ينقضي بموت صاحبه .

٣- اذا وجد نص في القانون يمنع ذلك كنص المادة ٥٢٨ والتي

---

(٨١٣) قنا الابتدائية جلسة ١٩٧٢/١١/٢٩ - القضية رقم ١٧ لسنة ١٩٧١ مدنى مستأنف - مشار اليه أنور العمروسى - التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل - طبعة أولى ص ٣٦٢ .

(٨١٤) د. السنهوري - المرجع السابق - ص ٧٢٥ - ٧٢٦ .

تقرر انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء ـ وفضلا عن ذلك فهناك حالات يكون الخلف العام فيها من الغير وذلك فى حالة ما اذا أوصى السلف بأكثر من الثلث فلا تنفذ هذه الوصية فى حق الورثة فيما زاد عن الثلث الا بموافقتهم اذ يعتبروا فى هذه الحالة من الغير .

وبعد أن أشرنا بايجاز الى الخلف العام وأحواله يثور التساؤل عما اذا كان الخلف العام من حقهم رفع دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أم لا ؟ .

بادئ ذي بدء يقضى المنطق بجواز ذلك سواء رفعت الدعوى منهم بصفتهم خلفاء للمدين وذلك لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أو رفعت عليهم الدعوى أو رفعوها بصفتهم خلفاء للدائن . ولا يمكن القول بأن قاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين تقف حائلا دون ذلك في حالة ما اذا كانوا خلفاء للمدين لأنهم في هذه الحالة لن يلتزموا بأكثر مما آل اليهم من مورثهم لأن هذا القول مردود من وجهين أما الأول فلأن الدائن لم يكن يستطيع الحصول من السلف على أكثر مما سيعطيه الخلفاء لأنهم ورثوا ذمته المالية كلها اذا فلا جديد فى الأمر . والوجه الثانى يتمثل في أن العادة قد جرت على أن الورثة يسارعون بسداد كل ديون مورثهم حتى ولو جاوزت حدود التركة وذلك رغبة منهم في الحفاظ على سمعة المتوفى بل وحفاظا على اعتبارهم الأدبى بين أفراد المجتمع .

وأيا ما كان من الأمر فالمهم لدينا أن العقد الذي أبرمه

المتوفى سيسير سيرته الطبيعة فاذا ما اعترضته ظروف طارئة أدت الى اصابة المدين بارهاق يهدده بخسارة فادحة فمن حق هذا المدين رفع دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول سواء تمثل شخص المدين في الورثة أو مورثهم قبل وفاته .

ولكن كيف يتم للورثة الحلول اجرائيا محل مورثهم في هذه الدعوى ؟ نفرق بين فرضين :

الأول :

وفيه يقوم الشخص برفع دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أو ترفع عليه وبعد ان سار فيها شوطا وافته المنية ففي هذه الحالة ينقطع سير الخصومة سواء كان الخصم المتوفى مدعيا أو مدعى عليه ويعاد سير الخصومة المنقطعة في هذه الحالة بحضور وارث المتوفى الجلسة التى كانت محددة أو قيام الخصم باعلان ورثة المتوفى بصحيفة الدعوى لتمكينهم من الاحاطة بها لاعداد دفاعهم فيها بل ان من حق الورثة ان يطلبوا تعجيل الخصومة بصحيفة تعلن الى الطرف الآخر(٨١٥) .

الثاني :

يتمثل هذا الفرض في قيام الورثة بتنفيذ الالتزامات العقدية وأثناء ذلك طرأت حوادث جعلت تنفيذهم لهذه الالتزامات مرهقا

---

(٨١٥) د. وجدي راغب فهمي - المرجع السابق ص ٥٥٣ وما بعدها
د. عبد الباسط جميعى - المرجع السابق ص ٥١٦ ومابعدها

يهدد بخسارة فادحة ففى هذه الحالة من حقهم رفع دعوى مبتدأة لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وغالبا ما يختارون من بينهم أحد الورثة لتمثيلهم أمام القضاء خاصة وأن الحكم الصادر سيكون على أموال التركة كلها بصرف النظر عن أنصبة الورثة طبقا لقاعدة " لا تركة الا بعد سداد الديون[٨١٦] " .

ونفس الحل لو كان الورثة خلفاء للدائن فاننا وقد رأينا أن تبعة الحادث الطارىء يتم توزيعها على الدائن والمدين وفى هذه الحالة يلتزم الورثة كذلك في حدود ما آل اليهم من تركة مورثهم .

وهكذا نجد ان الخلافة العامة لا تأثير لها على التزامات السلف المتأثرة بالظرف الطارىء سواء بوصفه دائنا أو مدينا الا أنه في الحالة الأخيرة تراعى القاعدة الشرعية والتى تقرر عدم التزامهم الا فى حدود ما آل اليهم من التركة ـ على التفصيل السابق بيانه .

ـ•ـ

---

(٨١٦) د. وجدي راغب ـ المرجع السابق ص ٤٧٥ .

البند الثاني

الخلف الخاص

تعريف :

الخلف الخاص هو الذي يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء(٨١٧) .

والخلافة الخاصة صفة نسبية تتعلق بمركز الشخص ازاء حق معين من حقوقه تجاه سلفه الذي تلقى منه هذا الحق والخلافة الخاصة قد تكون ناقلة وذلك في قيام السلف بنقل حقه الى شخص آخر كبيع الشخص الشيء المملوك له الى شخص آخر .

كما قد تكون الخلافة الخاصة منشئة ويتحقق ذلك بقيام السلف بمقتضى حقه بأن ينشىء لخلفه حقا جديدا كانشاء حق ارتفاق أو رهن(٨١٨) .

---

(٨١٧) لمزيد من التفصيل أنظر : د. حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص ٢٧٧ ، د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ٣٦٨ وما بعدها ، د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٢٤٦ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ص ٣٢٥ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب ـ دروس فى نظرية الالتزام ج ١ المصادر ص ٢٦٦ وما بعدها .
كذلك أنظر : نقض مدنى ١٩٧٨/١/٢٠ في الطعن رقم (٥) لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٩/٦/٢٠ في الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٢ ق ، نقض ١٩٥٣/١١/٢٢ ـ مقم ـ ٦٣ـ٣٥٤ ، ١٩٥٩/١١/١٣ م ق م ـ ٦٤ ـ ٣٥٤ ، ١٩٧٩/٢/٢١ في الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ ق ، ١/٢/ ١٩٦٦ ـ م ق م ـ ١٧ـ٢٢١ ـ محمد كمال عبد العزيز ص ٤٠٢ـ ٤٠٩ .

(٨١٨) د. عبد الحى حجازي ـ المرجع السابق ص ٦٧٧ ـ ٦٧٨ .

ويثور التساؤل عن مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه ؟ لقد وضع المشرع المصري قاعدة في المادة ١٤٦ مدني مؤداها أن الحقوق والالتزامات التى تتعلق بالشيء المنقول الى الخلف الخاص تنتقل الى هذا الخلف الا أن المشرع قيد ذلك بأربعة ضوابط هى :

١- أن يكون تصرف السلف مرتبطا بالشيء أو الحق الذي تلقاه الخلف فالعقد لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتري أو متلق عنه اذا استند هذا الخلف في اثبات ملكيته الى سبب آخر غير التلقى(٨١٩).

٢- كون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات المال الذي آل الى الخلف . وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء اذا كانت مكملة له لأنها في هذه اللحظة تعد من توابع هذا الشيء والتابع ينتقل مع الأصل .

وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء اذا كانت محددة له لأن الالتزامات التى تحدد الشيء يجب ان تنتقل أيضا معه لأن السلف لا يستطيع أن ينقل الى الخلف أكثر مما يملك .

٣- أن يكون تصرف السلف سابقا على عقده مع الخلف الخاص بمعنى أن يكون تصرف السلف ثابت التاريخ وعلى ذلك فما يبرمه السلف بعد انتقال الشيء المستخلف فيه الى الخلف الخاص فلا يلزم الأخير اذ يعد من الغير بالنسبة لهذه التصرفات .

---

(٨١٩) نقض مدني ١٩٧٥/١١/١٩ – م نقض م – ٢٦–١٤٢٢ – محمدكمال عبد العزيز ص ٤٠٤ .

٤- أن يعلم الخلف بالالتزامات والحقوق التى رتبها تصرف سلفه مع الغير . والمقصود هنا العلم اليقينىفمثلا اذا كان عقد السلف ملزما للجانبين وتمسك الخلف بالحقوق الناشئة عن هذا العقد جاز للمتعاقد الآخر ان يطالبه بالالتزامات المقابله وسنده في ذلك أن مطالبة الخلف بالحقوق تعنى علمه بالعقد وما تولد عنه وقبوله ذلك(٨٢٠) .

من كل ما سبق نستطيع أن نؤكد أن الخلف الخاص يعد امتدادا لسلفه في حدود الحق الذي تلقاه منه وبالضوابط القانونية السابق ذكرها .

ويثور التساؤل : هل يمكن للخلف الخاص ان يخلف سلفه فى دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ؟ .

نبادر بالاجابة على ذلك بالايجاب لأن الخلف الخاص اذا كان يخلف سلفه - في الحدود السابق بيانها - فيما له وما عليه فلا شك أن دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول تدخل في هذا المفهوم .

فاذا حدث ووقع ظرف طارىء أدى الى أن قيام الخلف الخاص بتنفيذ الالتزام الذي آل اليه من سلفه سيصيبه بارهاق يهدد بخسارة فادحة فلا شك أن له الحق في المطالبة برد هذا الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

---

(٨٢٠) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٥١ هامش (١) .

كذلك لو كان هذا الخلف الخاص دائنا بهذا الالتزام لأمكن القول بخضوعه لما تسفر عنه دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول في حدود ما ينتهى اليه قاضى الموضوع •

ولقد رأينا فيما سبق أن التقنين المدنى يقرر صراحة خلافة الخلف الخاص لحقوق سلفه والتزاماته •

ويثور التساؤل عن الوسيلة الاجرائية التى بها يحل الخلف الخاص محل سلفه ؟ ولنا فى هذا المقام أن نفرق بين فرضين :

الأول :

اذا وقعت الظروف الطارئة قبل انتقال الحق أو الشيء الى الخلف الخاص وأقيمت الدعوى لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ثم انتقل هذا الحق أو الشيء بعد ذلك الى الخلف الخاص •

من المبادىء الاجرائية المسلم بها أن الخلف الخاص لا يخلف سلفه في مركز الخصم في الدعوى بمجرد التصرف لأن مركز الخصم مركز اجرائى مستقل عن الحق الموضوعى وانما يكمن الحل الاجرائى فى أن يفقد السلف (المتصرف) صفته في الدعوى مما يجعلها غير مقبولة وعلى المحكمة أن تأمر في هذه الحالة باخراج هذا الخصم واعلان ذي الصفة (المتصرف اليه أو الخلف الخاص) (٨٢١) •

---

(٨٢١) د • وجدي راغب ـ المرجع السابق ص ٤٨٢ •

وتجدر الاشارة الى أنه لو تراخى انتقال الحق أو الشيء الى الخلف الخاص الى ما بعد صدور الحكم فان ذلك الحكم يكون حجة على الخلف الخاص له وعليه برغم أن القاعدة الاجرائية التى تقضى بنسبية أثر الأحكام اذ تقتصر حجيتها على الخصوم فقط الا أن القضاء يبرر الاحتجاج بالحكم في مواجهة الخلف بانه كان ممثلا في الخصومة عن طريق السلف وبناء على ذلك تثبت للخلف كافة حقوق وواجبات الخصم في الدعوى مثل حق الطعن وحق التنفيذ فضلا عن حق التمسك بحجية الحكم (٨٢٢) .

الثانى :

اذا انتقل العقد الى الخلف الخاص من سلفه ثم بعد ذلك وقعت الظروف الطارئة فلا شك أن دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول تقبل من الخلف الخاص أو عليه بحسب ما اذا كان دائنا بالالتزام أو مدينا به .

-•-

(٨٢٢) المرجع السابق ص ٤٧٤ .

البند الثالث
الدائنون الشخصيون

الدائن ليس خلفا عاما لمدينه ولا يعد كذلك خلفا خاصا بالمفهوم المتقدم ذكره كل ما فى الأمر أن للدائن حق الضمان العام على أموال مدينه فيتأثر بتصرفات ذلك المدين وهى على نوعين فمن التصرفات ما يفيد الدائن كأن يكسب المدين حقا يزيد به عناصر الضمان العام و من التصرفات ما يضر بالدائن كأن يخرج من ذمة المدين حق مما ينقص من عناصر الضمان العام مما يجعل للدائن مصلحة في التدخل في تصرفات المدين من هذه الزاوية للمحافظة على ضمانه العام (٨٢٣). ولذلك اعطاه المشرع عدة وسائل لذلك وهى الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) ودعوى الصورية .

وقد يطرح البعض تساؤلا محوطا بالدهشة عن مدى علاقة ذلك بدعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ؟ .

وللاجابة على هذا التساؤل نسوق فرضا نبين من خلاله مدى

---

(٨٢٣) أنظر : د. حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص ٢٨١ ، د. السنهوري – المرجع السابق ص ٧٢٠ هامش (٢) ، د. محمد لبيب شنب – المرجع السابق ص ٢٦٨ ، د. عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص ٣٧٤ ، د. اسماعيل غانم – المرجع السابق ص ٣٥٣ .

أهمية اشارة هذا الموضوع بصدد دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

فلو فرضنا أن (أ) مدين لـ (ب) ثم قام (أ) بابرام عقد تبادلى مع (ج) فلا شك أن (ب) ينتظر قيام (أ) بمطالبة (ج) بما عليه حتى يزيد من عناصر الضمان العام وبالتالى يطمئن (ب) الى ملاءة مدينه (أ) حتى اذا ما طالبه بما عليه يحصل على حقه كاملا فلو حدث أن تقاعس (أ) عن مطالبة مدينه (ج) بما عليه لأدى ذلك الى اعسار (أ) أو زيادة هذا الاعسار ان كان معسرا في الأصل بما يقلل من فرص حصول (ب) على حقه كاملا مما يعنى أن له مصلحة فى أن يثنى مدينه (أ) عن موقفه هذا ويرد سوء قصده عليه ولا شك أن أنسب الوسائل لذلك هو الدعوى غير المباشرة والتى يرفعها الدائن (ب) على مدين مدينه (ج) للمطالبة بما لمدينه (أ) لديه .

ولنا أن نقوم بتطويع هذا المثال بما يتناسب مع موضوع حديثنا وهو ايجاد صلة بين حق الدائن فى رفع الدعوى غير المباشرة وبين دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

فلو فرض أن حادثا طارئا وقع وكان (أ) لم ينفذ التزامه دون خطأ منه أدى الى أن تنفيذه لهذا الالتزام قبل (ج) صار مرهقا يهدده بخسارة فادحة فلا شك أن المشرع منحه حق اللجوء الى القضاء لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فاذا لم يفعل ذلك

وتقاعس بسوء نية اضرارا بدائنه (ب) فلا شك أن قيامه بتنفيذ التزامه رغم ما يكبده ذلك من خسارة فادحة هو أمر يهدد عناصر الضمان العام بما يهدد حق دائنه (ب) اذ قد يؤدي هذا التصرف الى الاعسار أو زيادته . فهل يمكن لـ (ب) أن يقوم بكسر عناد مدينه (أ) عن طريق الدعوى غير المباشرة أم لا ؟ .

بادىء ذي بدء نستعرض في عجالة ضوابط الدعوى غير المباشرة ثم نجيب على هذا التساؤل .

عالج المشرع موضوع هذه الدعوى وضوابطها في المادة ٢٣٥ مدني والفكرة الاساسية التى تدور حولها علة هذه الدعوى هى وجود مصلحة مشروعة للدائن ووجود هذه المصلحة هو الذي حدا بالمشرع ان يقرر نيابته عن المدين(٨٢٤) .

وللدعوى غير المباشرة شروط لا بد من توافرها حتى يمكن للدائن مباشرتها .

---

(٨٢٤) يراجع في شأن الدعوى غير المباشرة : د. السنهوري ــ الوسيط ــ المجلد الثانى ــ آثار الالتزام طبعة سنة ١٩٨٢ ، ص ١٢٣٣ ومابعدها ، د. محمد لبيب شنب ــ دروس في نظرية الالتزام ــ الاثبات ــ أحكام الالتزام ــ ص ٢٩٧ ومابعدها ، د. سليمان مرقس ــ المرجع السابق ص ٦٤٢ وما بعدها ، د. محمود جمال الدين زكى ــ نظرية الالتزام في القانون المدنى المصري ج ٢ ــ أحكام الالتزام طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٥٢ وما بعدها .
وكذلك : نقض مدنى : ١٩٧٢/٥/١٠ ــ م ق م ــ ٢٣ــ٨٣٥ ، ١٩٥٤/١٢/٢ ــ م ق م ــ ١٥٧ــ٣٧٠ ، ١٩٧٧/٥/٤ في الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق ــ محمد كمال عبد العزيز ص ٨٥٨ ــ ٨٥٩ .

وأول هذه الشروط ما يتعلق بالدائن والذي يجب أن يكون له حق في ذمة المدين وأن يكون هذا الحق موجودا أي ليس احتماليا أو محلا لنزاع .

وثانى هذه الشروط يتعلق بالمدين والذي يجب ألا تكون عنده أموال تكفى لسداد حق الدائن فان كانت لديه الأموال فلا يقبل من الدائن قيامه برفع الدعوى غير المباشرة لانتفاء الحكمة منها يضاف لذلك وجوب كون المدين مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه وأخيرا يجب على الدائن أن يدخل المدين خصما في الدعوى . فاذا ما قام المدين بمباشرة حقه فى الدعوى بنفسه ولكن خشى الدائن من تواطئه مع خصمه فللدائن أن يتدخل خصما ثالثا في الدعوى ليكون على بينة من حقيقة الموقف وليرقب بنفسه صحة الاجراءات محافظة على حقوقه .

ويقع على الدائن عبء اثبات ان المدين قصر في استعمال حقه وان موقفه السلبى الناجم عن التقصير سيؤدي الى اعساره أو زيادة ذلك الاعسار والمقصود هنا الاعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه وليس الاعسار القانونى الذي يستلزم حكما بشهره .

وثالث هذه الشروط هو ما يتعلق بالحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه فالقاعدة أن الدائن يستطيع أن يستعمل أي حق لمدينه ولكن يستثنى من هذه القاعدة الآتى :

١- أن يكون للمدين مجرد رخصة وليست حق .

٢- أن يكون المدين مباشرا للحق عن غيره .

٣- أن يتصل الحق بشخص المدين .

٤- أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه .

٥- أن يكون الحق مثقلا - (برهن أو نحوه) بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن في استعماله .

بذلك نكون قد فرغنا من الاحاطة بالاطار الرئيسى للدعوى غير المباشرة ويتبقى أن نجيب على التساؤل السابق ولا شك أن الاجابة عليه بالايجاب لأننا لو طبقنا شرائط الدعوى غير المباشرة على مفردات المثال السابق لانطبقت تماما .

فلا شك أن للدائن حق قبل مدينه وهذا مفترض بديهى اذ أن هذا الحق هو الرابطة التى تبرر للدائن مراقبة تصرفات مدينه .

ومسألة كون المدين لا يملك ما يوفى به حق دائنه مسألة تخضع للاثبات ولا غرو أن الدائن سيعد عدته للتصدي لمثل هذا الأمر يضاف لذلك أن المدين قد قصرفى استعمال حقه الذي منحه المشرع اياه بمقتضى نص المادة ٢/١٤٧ بما يثير الشكوك والشبهات حول موقفه اذ تشير اليه أصابع الاتهام بأنه ما أراد بموقفه السلبى هذا الا الاضرار بدائنه .

فاذا كان الأمر كذلك فلا مراء في أن موقفا كهذا سيؤدي الى

اعسار المدين أو زيادة اعساره خاصة اذا علمنا أن تبعة الحادث الطارىء هى الخسارة الفادحة وذلك هو الخراب بعينه لأن الخسارة الفادحة هى تلك التى تخرج عن حدود ما هو مألوف في التعامل لتشكل وضعا شاذا ينوء بتحمله ذوي القدرات المالية الفائقة .

ولكن قد يحدث الا يقوم المدين (أ) برفع دعوى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ولا يقف مع ذلك موقفا سلبيا بل يسارع الى اجراء تسوية ودية مع (ج) ليفوت على (ب) فرصة تدارك الأمر برفع دعوى غير مباشرة وقد علمنا بجواز اجراء مثل هذه التسوية وفقا للضوابط التى سقناها سلفا فما هو الحل في مثل تلك الحالة ؟.

لا شك أن هذا التصرف من (أ) لن تخرج نتيجته عن أحد أمرين أما الأول فهو الا تكون هذه التسوية مفقرة للمدين بل كانت على نحو مرضى وأن المدين قد بذل قصارى جهده لتلافى أي انقاص فى عناصر الضمان العام وفى هذه الحالة لا تثريب على مسلكه .

أما الأمر الثانى أن تتمخض التسوية عن افقار المدين وتتصاعد منها رائحة الغش والتواطوء اضرارا بالدائن ففى هذه الحالة لا مفر أمام الدائن من سلوك سبيل الدعوى البوليصية المنصوص عليها فى المادة ٢٣٧ مدنى بعد توافر شروطها لكى يحصل على حكم بعدم نفاذ مثل هذا التصرف فى حقه .

-•-

الفرع الرابع
اثبات الظرف الطارىء

الاثبات بمعناه القانونى هو اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها ويدعيها أحد طرفى الخصومة وينكرها الطرف الآخر(٨٢٥) واثبات الظرف الطارىء يقوم على افتراض أن المدين بالالتزام التعاقدي ينكل عن تنفيذ التزامه فيقوم الدائن برفع دعوى عليه أمام القضاء مطالبا اياه بتنفيذ هذا الالتزام فيدفع المدين (المدعى عليه) تلك المطالبة بأن لديه المبرر لعدم التنفيذ على نفس الوجه المتفق عليه في العقد نتيجة طروء حوادث استثنائية من شأنها أن تعرضه لخسارة فادحة ان هو أقدم على هذا التنفيذ . ثم يتوجه الى القاضى للمطالبة برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . وهنا يجب على المدين (المدعى عليه) ان يقيم الدليل على صحة ما يدعيه كأن يثبت أن سيولا غير متوقعة تسببت في اتلاف المزروعات أو نفوق الحيوانات بطريقة يتعذر معها تنفيذ الالتزام بلا ارهاق يهدد بالخسارة الفادحة وهكذا .

---

(٨٢٥) د. السنهوري ـ الوسيط ـ المجلد الاول ـ الاثبات ، طبعة سنة ١٩٨٢ ص ١٩ ـ ٢٠ ، د. عبد الودود يحيى ـ دروس في قانون الاثبات ص ٣ ، د. محمد لبيب شنب المرجع السابق ص ٥ ، د. محمود جمال الدين زكى ـ المرجع السابق ص ٢٧٤ .

عناصر الاثبات :

يجب على المدين ان يثبت الظرف الطارىء عن طريق اثبات أوصافه وقد رأينا فيما سبق ان أوصاف الظرف الطارىء منها ما يتعلق بالظرف الطارىء ذاته ومنها ما يتعلق بالظرف الطارىء باتصاله بالمدين ويجب على المدعى عليه ان يثبت كل هذه الأوصاف .

فعلى المدعى عليه (المدين) أن يثبت الآتى :

عمومية الظرف الطارىء (في الحدود التى سبق ان بيناها عند تناول هذا الوصف وما أبديناه من تحفظ تجاهه) أي أنه ليس خاصا بالمدين بل يشمل طائفة من الناس فافلاس المدين أو احتراق محصوله لا يكفى لاعمال حكم المادة ٢/١٤٧ فى حقه وعلى العكس فان نشوب الحرب فجأة أو انتشار وباء يصلح لأن يكون ظرفا طارئا لاتصافه بالعمومية .

ان الحادث استثنائى أي يندر وقوعه لانه غير مألوف بأن يكون غير مندرج في عداد الحوادث التى تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم .

عدم القدرة على الدفع ولا شك أن الوباء لا قبل للمدين بدفعه أما اذا كان المدين قد تقاعس عن تنفيذ التزامه في موعده المحدد حتى وقع الظرف الطارىء فلا يجوز له ان يستفيد من خطئه اذ كان بمقدوره أن يدفع هذا الحادث لو نفذ التزامه فى موعده .

عدم الارادية بمعنى ان الحادث الطارئ وقع بغير ارادة منه ولم يتسبب في وقوعه كقيام المدين بفتح ثغرات تنفذ منها مياه الفيضان (ظرف طارئ) لأرضه فتغرق المحصول ففى هذه الحالة لايجوز له التمسك بحكم المادة ٢/١٤٧ ٠

ويجب كذلك ان يثبت المدين ان الظرف الطارئ لم يكن متوقعا فضلا عن أنه مرهق يهدد بخسارة فادحة وان كان اثبات ذلك يعتبر أمرا جد شاق الا أنه مما ييسره أن للقاضى سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى التوقع من عدمه وكذلك الارهاق وله ان يستعين فى سبيل ذلك بأهل الخبرة ومراجعة جداول الاسعار والوقوف على البيانات الاحصائية والاستعانة بالغرف التجارية والسجلات الرسمية ودفاتر التجار ٠٠٠٠ الخ (٨٢٦) ٠

ولا يكفى من المدين ان يثبت الظرف الطارئ على النحو المتقدم بل يجب ان تتوافر في هذه الواقعة ما يشترط توافره فى الواقعة محل الاثبات عموما (٨٢٧) فيجب بداية أن تكون الواقعة محل نزاع بمعنى أن يدعى أحد الطرفين وقوعها وينازعه الآخر في ذلك أما اذا كان الخصم مسلما بها فلا تضيع المحكمة وقتها في تحقيقها ٠ وأن تكون الواقعة محددة فلا يجوز من المدين الادعاء بأن الارهاق

---

(٨٢٦) د٠ محمد عبد الجواد ـ شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ص ٦٠٢ ٠

(٨٢٧) د٠ عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٢ وما بعدها ،
د٠ محمودجمال الدين زكى ـ المرجع السابق ص ٢٨٩ ومابعدها
د٠ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها ٠

الذي اصابه كان نتيجة ظروف طارئة دون تحديد نوعها بالضبط وبيان أوصافها بما يرفع عنها الجهالة • ويستوي أن تكون الواقعة أو الجزئية المراد اثباتها ايجابية أو سلبية فاثبات عمومية الظرف هو اثبات لواقعة ايجابية أما اثبات عدم القدرة على الدفع أو عدم الارادية فهو اثبات لواقعة سلبية ومثل تلك الواقعة يمكن اثباتها باقامة الدليل على واقعة ايجابية منافية لها •

ويجب كذلك ان تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به أي انها ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكى يؤثر ثبوتها في الفصل فى الدعوى فاذا كان المدين ملتزما بتوريد عددا من رؤوس الماشية بصفة دورية فان الظرف الطارىء الذي يمكن ان يتعلل به المدين ويجب ان يثبته هو شيوع وباء بين الماشية أدى الى نفوقها أو عدم صلاحيتها للاستهلاك الآدمى مما أدى الى ارتفاع اسعارها ارتفاعا باهظا • ويجب ان تكون الواقعة منتجة في الاثبات بمعنى ان يكون من شأن ثبوتها أن يوصل الى اقناع القاضى وأخيرا أن تكون الواقعة جائزة القبول بألا تكون مستحيلة أو أن القانون قد منع اثباتها لاسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب •

على أنه قد يبدي البعض تحفظات ازاء اثبات الوقائع السابقة بظنين ان ذلك درب من الصعب أو الاستحالة نظرا لارتكان معظمها الى أمور فنية ووسائل علمية قد تبدو معقدة فى معظم الأحيان لعدم احاطة العوام بها خاصة وأن معظم الظروف الطارئة قد تكتشف بوادره بأجهزة علمية معقدة كأجهزة رصد الزلازل مثلا • ولقد

أغرى هذا الظن بعض المعارضين لتطبيق النظرية في فرنسا الى تبرير هذا الرفض باستحالة اثبات شروط تطبيقها(٨٢٨) الا أنه ورغم ماقد يبدو من هذه الصعوبة الا أن الأمر يهون اذا وقفنا على حقيقتين هامتين :

الأولى :

أن أثبات الظرف الطارىء ما هو الا واقعة مادية ومن المعلوم أن الوقائع المادية سواء كانت طبيعية أم من فعل الانسان يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن(٨٢٩) • ولا شك أن حرية الاثبات تضفى نوعا من السهولة واليسر فى سبيل اثبات الواقعة المدعاة •

الثانية :

أن للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة نظرا لأن ثقافة القاضى وتكوينه العلمى قد لا يسعفانه فى الالمام بحقيقة الظروف الطارئة والذي يتطلب الالمام بعلوم وفنون متخصصة لادراك حقيقته • لذلك أجاز المشرع للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة بما يتناسب ووقائع الدعوى بل ان للخصوم أن يطلبوا من المحكمة احالة واقعة أو أكثر

---

(٨٢٨) G. ripert le régime démocctatique et le Droit civil moderne 1936 .P.P 279-280
مشار اليه : د• محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ،ص ٤٩٩ مقروءة مع هامش (٢) •

(٨٢٩) د• محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ص ١٥٥ وما بعدها ، د• عبد الودود يحيى ــ المرجع السابق ص ١٠٠ •

الى الخبير وللمحكمة الكلمة الأخيرة في هذا الشأن [٨٣٠] .

ولا شك أن استعانة المحكمة بأحد الخبراء سيزيل الغمام عما يلتبس بشأن الظرف الطارىء وأوصافه وتبين الحقائق جلية أمام المحكمة مما يتيح للقاضى أن يكون عقيدته على أساس سليم .

ويثور التساؤل في النهاية عن مدى رقابة محكمة النقض لقاضى الموضوع وهو بصدد تقييم الظرف الطارىء ؟ .

بادىء ذي بدء يمكن القول بأن الظرف الطارىء واقعة مادية ذات أثر قانونى .

ويعنى ذلك أن تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ يمر بمرحلتين : الأولى وهى اثبات الواقعة المادية الا وهى الظرف الطارىء والثانية وهى انزال حكم القانون على ما توافر لدى المحكمة من كلا الخصمين.

أما عن المرحلة الاولى وهى التثبت من وقوع الظرف الطارىء من عدمه فتلك مسألة وقائع تخضع لمطلق تقدير القاضى وفقا لما يستسيغه من أدلة وما ينزل لديه منزل القبول في سبيل تكوين عقيدته [٨٣١] وهذه المرحلة لا شأن لمحكمة النقض بها . وهذا ما أكدته المحكمة الأخيرة ذاتها بقولها بأن : " تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى

---

(٨٣٠) د. محمد لبيب شنب – المرجع السابق ص ١٦٥ ، د. عبدالودود يحيى – المرجع السابق ص ١٩١ .

(٨٣١) أسعد الكورانى – المرجع السابق ص ٢٤٦ .

رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدير مدى الارهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع (٨٣٢) .

أما المرحلة الثانية وهى التى تنزل فيها المحكمة حكم القانون على ما يثبت لديها من وقائع وما اقتنع به القاضى من أدلة فلا شك أنها تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض بصفتها محكمة قانون تراقب صحة تطبيقه .

ومجمل ما سبق أن عناصر الاقتناع لدى القاضى من مسائل الواقع والتى تخضع لسلطته التقديرية ولكن تلك العناصر تتجمع لتشكل فكرة قانونية تبدأ مع ظهورها تتحرك رقابة محكمة النقض لأننا نكون بصدد تطبيق للقانون .

-٠-

---

(٨٣٢) نقض مدنى ١٩٧٧/٣/١ في الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق - محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٣ .

المطلب الثانى

المعالجة القضائية لأثر الظرف الطارىء

ورد بعجز الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدنى الآتى : " ... جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " .

ويلاحظ على مهمة القاضى التى أسندها اليه المشرع فى الفقرة السابقة أنها تغاير مهمته الأساسية والتى تقف عند حد تطبيق القانون على الوقائع المدعاة أمامه وأقصى ما يمكن له عمله هو تفسير عبارات العقد طبقا للنية المشتركة للمتعاقدين مما يثير التساؤل حول مفهوم المغايرة ومضمونها وعلتها .

واذا كان المشرع قد أسند للقاضى تلك المهمة الجديدة فهل ترك له الحرية المطلقة في سبيل انفاذ هذه المهمة أم قيده بموجهات يجب على القاضى مراعاتها في هذا الصدد ؟ .

وقبل أن نجيب على التساؤل السابق يقفز على السطح تساؤل هام يدور حول مدى سلطة القاضى وفقا لمهمته الجديدة وبعبارة أخرى ما هو المدلول الفنى الحقيقى لعبارة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " وهل يدخل في هذا المفهوم امكانية الحكم بفسخ العقد من عدمه ؟ . وما هو موقف التقنينات المقارنة التى أخذ عنها المشرع المصري تلك النظرية ـ من مسألة معالجة أثر الظرف الطارىء ؟ .

وأخيرا اذا كان المشرع قد أوكل للقاضى معالجة أثر الظرف الطارىء فهل يمكن القول بأن هذا المشرع قد أمسك في يده بزمام بعض التطبيقات وعالجها بمقتضى التشريع بحيث تنحصر مهمة القاضى فى مجرد تطبيق أحكام النص القانونى أم لا يوجد أثر لمثل هذا الافتراض ؟ • وبعبارة أخرى هل يمكن معالجة أثر الظرف الطارىء بمقتضى التشريع ؟ •

للاجابة على ما سبق طرحه من تساؤلات نقسم هذا المطلب الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : مغايرة دور القاضى •

الفرع الثانى : الموجهات الواجب مراعاتها عند قيام القاضى بدوره •

الفرع الثالث : مدى سلطة القاضى في معالجة أثر الظرف الطارىء •

الفرع الرابع : مدى امكانية معالجة أثر الظرف الطارىء بالتشريع •

-•-

الفـــرع الأول

مغايـــرة دور القاضـــى

نتنـاول في الكلام عن مغايرة دورالقاضى مفهوم تلك المغايـــرة ثم مضمونها وأخيرا العلـة منها .

أولا : مفهـوم المغايـــرة :

تعنى المغايرة في هذا الصدد تجاوز مهمة القاضى الأساسيـــة وهى تفسير عبارات العقد وانزال حكم القانون عليها لتصبح لـــه مهمة جديدة تتمثل في تعديل العقد في اطار ماجد من ظروف أثـــرت على التزام أحد الطرفين بالارهاق(٨٣٣) .

ويرجع انحصار مهمة القاضى في مجرد تفسير عبارات العقـــد الى المبدأ الشهير والذي يعرف بمبدأ سلطان الارادة والذي يعنـــى أن الالتزام التعاقدي مصدره ارادة الطرفين أي أن الفرد يلتـــزم لأنه أراد أن يلتزم(٨٣٤) والتى يعبر عنها بأن العقد شريعـــة المتعاقدين وعلى ذلك تواترت الأحكام القضائية من ذلك ما قضـــت به محكمة النقض بأنه : " ليس في أحكام القانون المدنى ما يســوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد بل ان هذا مناف للأصـــل

---

(٨٣٣) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٣٣٩ .

(٨٣٤) د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ١٨٣ .

العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين (٨٣٥) .

وعلى ذلك واستصحابا لهذا المبدأ لا يجوز للقاضى نقض العقد ولا تعديله حتى لو كان سنده في ذلك قواعد العدالة اذ هى تكمل ارادة المتعاقدين ولا تنسخها (٨٣٦) .

وتقوم ركيزة هذا المبدأ على الفرد فهو الغاية ويجب ان يسخر المجتمع لخدمته واذا كان رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية فان رجال القانون من انصار هذا المبدأ يتخذون الارادة آية الشخصية من الناحية القانونية (٨٣٧) وكان طبيعيا أن يشيع هذا المبدأ ويروج في ظل المذهب الفردي ولقد ترتبت عليه نتائج خطيرة كان أهمها أن الارادة وحدها هى التى تحدد نطاق العقد بحرية تامة وما على المشرع والقاضى الا النزول عند هذه الارادة وعدم التدخل في العقد بأية صورة كانت فضلا عن عدم جواز انفراد أحد الطرفين بتعديل العقد أو نقضه بل يلزم اتفاقهما معا (٨٣٨) .

ولقد بلورت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى هذه المعانى بقولها " العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية .... والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفى التعاقد أن يستقل بنقضه

---

(٨٣٥) نقض مدنى ١٥/٥/١٩٤٧ — م ق م —٢—٨١٨ ، نقض ٧/٥/١٩٧٩ فى الطعن رقم ٩٣٩ السنة ٤٥ ق ، ١٧/٢/١٩٧٩ فى الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٦ ق ، محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٤ .

(٨٣٦) د. السنهوري — الوسيط — العقد — المرجع السابق ص ٨٤٥—٨٤٦.

(٨٣٧) المرجع السابق ص ١٧٦ .

(٨٣٨) د. اسماعيل غانم — المرجع السابق ص ٥١ .

أو تعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى انشاء العقود عن عاقديها وانما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء العاقدين(٨٣٩) .

ولقد وجهت لهذا المبدأ عدة انتقادات كثيرة على نحو ما أسلفنا فضلا عن أن تطور العوامل الاقتصادية والسياسية أدت الى ظهور الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية مما أدى الى انحساره وان كان له دور ما زال في مجال الالتزامات التعاقدية أظهر من غيره من المجالات فالارادة في هذا المجال ما زال لها باع طويل غير أن ذلك محدود بقيود النظام العام والآداب وكذلك القيود التشريعية .

وأظهر تلك القيود التشريعية وأهمها ما ورد في المادة ٢/١٤٧ من جواز تدخل القاضي لتعديل العقد عند طروء ظروف غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا له .

وبذلك يعتبر نص المادة ٢/١٤٧ ثغرة يستطيع القاضي أن ينفذ من خلالها لينال من الالتزامات العقدية والتى طالما حرم من المساس بها ولكن في حدود من الحيطة والحذر حتى لاتتخذ تلك السلطة ذريعة للعبث بما للروابط العقدية من قوة ملزمة . ولقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي " وقد استحدث المشروع ..... حكما بالغ الأهمية اذ استثنى مبدأ الطوارىء غير المتوقعة من نطاق

---

(٨٣٩) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٧٩ .

تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود ٠ و " يراعى أخيرا أن تطبيق نظرية الطوارىء غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف في رسالته فهو لا يقتصر على تفسير العقد بل يجاوز ذلك الى تعديله [(٨٤٠)] ٠

وبذلك يتضح مفهوم المغايرة ويكمن في تجاوز القاضى لمهمته الاساسية الى حد التدخل لتعديل الالتزامات التعاقدية على سبيل الاستثناء ٠

ويرى بعض الفقهاء أن مفهوم المغايرة ينحصر فى ما ذكره استاذنا الدكتور سمير تناغو لتحديد مفهومها ان " القاضى يعيد صنع العقد من جديد وهو يصنعه بارادته وحدها وعلى غير ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين وهو اذ يفعل ذلك انما يؤدي الى تجديد الالتزامات الناشئة عن العقد فتنقضى الالتزامات القديمة وتحل محلها التزامات جديدة هى التى انشأها القاضى وحكم القاضى يكون في هذه الحالة مجددا ومنشئا ومصدرا من مصادر الالتزام والالتزام الذي ينشئه الحكم هو الالتزام القضائى الذي يجب أن يحتل مكانه فى القانون الى جانب الالتزام العقدي والالتزام التقصيري وغير ذلك من الالتزامات[(٨٤١)] ٠

---

(٨٤٠) المرجع السابق ص ٢٨٠ ٠

(٨٤١) د٠ سمير تناغو – الالتزام القضائى – باريس سنة ١٩٦٥ – مشار اليه في كتاب سيادته " شرح قانون الاصلاح الزراعى – المرجع السابق " صـ ١٩٨ ٠

وان كنا نتفق مع هذا الرأي في مضمون الفكرة ومجملها الا أننا نختلف معه في كون حكم القاضى مصدرا من مصادر الالتزام لأن مصادر الالتزام وردت في التشريع على سبيل الحصر وليس من بينها حكم القضاء فضلا عن أن مصدر الالتزام له صفة العمومية ـ أما حكم القاضى فيقتصر على خصوصية أطراف الخصومة .

ثانيا : مضمون المغايرة :

تعنى مغايرة مهمة القاضى عند علاج آثار الظرف الطارىء عن مهمته حال معالجة أي عقد في ظروف عادية ـ تعنى اعطاءه حرية أكبر ومرونة أكثر وسلطة أوسع في اعطاء الحل(٨٤٢) من خلال تصوره ومواءمته للواقع الذي أمامه مقارنا بظروف الطرفين في حدود الصفقة محل العقد مع الوضع في الاعتبار أنه ينظر من خلال منظور موضوعي بصرف النظر عن شخص المتعاقدين ولا يقدح في ذلك أنه يجري سلطته على اساس من الموازنة بين مصلحتيهما لأن ذلك يكون من خلال النظر الى موضوع التزام كل منهما دون نظر لظروفهما الشخصية (٨٤٣) .

ولا شك أن هذه المرونة تطلق يد القاضى بعض الشيء اذ يناط به البحث عن حل يتوافق مع الاطار التشريعى وفي نفس الوقت لا يخرج عن

---

(٨٤٢) د. السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٧٩ ، د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ٣٣٩ .

(٨٤٣) نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/٧/٢ ـ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ق ـ مدنى ص ٨٩٧ ، ١٩٦٤/٣/٢٦ ـ مجموعة المكتب الفنى ص ٤٠٩ ، ١٩٦٣/٣/٢١ ـ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ق ص ٣٤٧ ـ مشار اليه أنور العمروس ـ المرجع السابق ص ٣٧٩ .

مضمون قصد الطرفين وهو بذلك يستطيع الاستعانة بما وضعه المشرع من مبادئ قانونية فاذا لم تسعفه وجد ضالته فى نص المادة ٢/١ من التقنين المدنى والتى جرى نصها على الآتى :

" ٢ـ فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " .

ولا شك أن القاضى سيحتاج كثيرا لهذا النص خاصة عند اختيار الحل من بين البدائل التى أمامه والتى سنتعرض لها تفصيلا عند بيان مدى سلطة القاضى.ويثور التساؤل : اذا ما كان للقاضى تلك السلطة الواسعة والمرونة الكافية لمواجهة آثار الظروف الطارئة فهل هى سلطة مطلقة أم مقيدة ؟ وان كانت مقيدة فما هى حدود تلك القيود ؟ .

بادئ ذي بدء نستطيع القول بأن هناك من التشريعات ما حصرت سلطة القاضى فى داخل اطار معين . كالمادة (٢٦٩) بولندي والتى خولت القاضى اما ان يعين طريقة تنفيذ الالتزام أو تحديد مقداره أو القضاء بفسخ العقد وكذلك تقضى المادة (١٤٦٧) ايطالى بجواز طلب الفسخ أو تعديل شروط العقد (٨٤٤) . أما القانون المصري وما يتبعه من تشريعات عربية فقد ترك للقاضى سلطة واسعة تتمثل في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . مما يضع أمام القاضى خيارات متعددة تعطيه نوعا من المرونة تجعل قضاءه أقرب الى العدالة .

---

(٨٤٤) د. السنهوري ــ المرجع السابق ص ٨٦٦ حيث أشار للنصين

وبذلك نستطيع القول بأن التشريعات البولندية والايطالية يستطيع القاضي بمقتضى ما ورد بها أن ينهي حياة العقد بفسخه .

أما التشريع المصري فلا يستطيع القاضي انهاء العقد ووأد حياته وانما يقدم له العلاج المناسب للابقاء عليه حيا منتجا لآثاره .

بما يعني أن سلطة القاضي في مصر مقيدة فهو لا يستطيع انهاء العقد كذلك في معالجته لأثر الظرف الطارىء يجب عليه أن يكون ذلك في حدود المعقول وفى ذلك تقول محكمة القاهرة الابتدائية :
" وحيث انه اذا ما انتهينا الى أن الدعوى الحالية بظروفها وملابساتها حقل مثالى لتلك النظرية ـ كان من حق القاضي أن ينقص الالتزامات المرهقة الى الحد المعقول ولا يقصد بذلك الانقاص المادي وانما يقصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه والمحكمة مطلقة اليد فى معالجة الموقف بالطريقة التى تؤثرها وتسارع المحكمة الى القول أنه اذا كانت هذه النظرية تجيز للقاضي أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فيه فانها لا تبيح له فسخ العقد بمعنى أن الالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي ولكن يرد الى الحد المعقول(٨٤٥) . الا أنه يرد على هذا المبدأ تحفظ هام سنراه فى التطبيقات التشريعية للنظرية الخاصة بمدى امكانية معالجة آثر الظرف الطارىء بالتشريع اذ سنرى أن القاضي في أحوال معينة يقضي

---

(٨٤٥) القاهرة الابتدائية في ١٩٥٣/١٠/٣١ ـ مشار اليه : المحاماة ـ ٣٤ـ٨٢٨ـ٣٧ ، وفي نفس المعنى نقض مدنى جلسة ٧٣/١٢/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ ق ص ١٣٢٠ .

بالفسخ استجابة لارادة المشرع كما في نص المادة ٤/٦٥٨ من القانون المدنى بشأن عقد المقاولة وعلى ذلك جرت أحكام القضاء ومنها ما قضت به محكمة النقض من أنه : " اذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل وكان ذلك بسبب حادث استثنائى غير متوقع عندالتعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا فانه يكون للقاضى وبصفة خاصة في عقد المقاولة فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدي الى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول(٨٤٦) .

ثالثا : العلة من المغايرة :

لا شك أن مجاوزة القاضى لمهمته الاساسية حيال العقود لا تأتى من فراغ والا اتهم المشرع بالعبث وهو ما يجب الابتعاد عنه .

وتكمن العلة من وجهة نظرنا الى أن الظرف الطارىء هو حادث غير متوقع يقلب توازن العقد رأسا على عقب خاصة وأنه عادة ما ينجم عن الظروف الطارئة اضرارا بالغة تتمثل في الأزمات الاقتصادية نتيجة الكوارث والحروب . واذا كان المشرع قد استدرك مسألة اختلال التوازن في مرحلة تكوين العقد فانه لا يستطيع أن يفعل ذلك في مرحلة تنفيذه الا من خلال مبدأ عام يعطى صلاحيات معينة للقضاء يختار منها ما يناسب الواقعة التى أمامه .

(٨٤٦) نقض مدنى جلسة ١٩٧٠/٥/٥ – مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ق – مدنى ص ٧٨٧ – أنور العمروسى ص ٣٨١ .

فالمشرع لا يستطيع أن يضع حدودا لتفاقم الظروف التى تطرأ بعد ابرام العقد فضلا عن أنه اذا وضع حلولا جامدة فقد تشذ واقعة واحدة تجعل هذا التشريع غير ذي معنى وقاصرا عن ملاحقة آثار تلك الواقعة مما يوقع في الحرج .

أضف الى ذلك أن كل مدين يخلق من الوسائل المختلفة باختلاف ظروف كل واقعة في سبيل الخلاص من التزاماته مما يجعل وسائل حل واقعة بعينها قد لا تصلح لواقعة أخرى . فضلا عن هذا فان المشرع قد آثر الابقاء على العقد وتوزيع عبء الحادث الطارىء على المتعاقدين اذ لم يعطى للمدين حق طلب الفسخ والا كان محابيا له على حساب الدائن نظرا لتعارض المصالح بينهما لكل هذا جعل المشرع تنفيذ هذه المهمة من اختصاص القاضى(٨٤٧) .

نتيجة لهذه الاعتبارات فان المشرع يخرج بالقاضى عن مجرد مهمته التقليدية في الوقوف عند حد تفسير العقود ومجاوزة ذلك الى تعديل الالتزامات المتولدة عنها . وهى مهمة ليست بالهينة وتحتاج من القاضى الى استفراغ وسعه وبذل قصارى جهده للوصول الى الحل الأمثل على ضوء ظروف كل عقد على حدة . خاصة وان امامه كما سنرى بدائل كثيرة مما يجعل مهمته من الدقة بحيث نجد فى الأمر نوعا من العسرة تحتاج لتجاوزها الى جهد خارق وفكر قانونى صلب فاقرار المشرع للقاضى سلطة تعديل العقد باعتباره طرفا

---

(٨٤٧) د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٨٧ - ٥٨٨ .

محايدا هو الضمان القوي لتلطيف آثار الظروف الطارئة والحد منهـــا
فضلا عن تأمين المتعاقدين ضد النوازل غير المتوقعة من أن يصابـوا
بالخسائر الفادحة مما قد يدعو الى احجامهم عن التعاقد خاصـــة
وانه ينجم عن تلك الظروف تبدل في مراكز طرفى العقد اذ يستأثـر
أحدهما بخير وفير في مقابله يعانى المتعاقد الآخر من شـــر
مستطير .. فضلا عما فى ذلك من كبح لجماح مبدأ سلطان الارادة
الذي يقتضى عدم المساس بالعقد الذي ابرم على وجه صحيح مهما ترتب
عليـــه .

-٠-

الفـرع الثـانـي
الموجهات الواجب مراعاتها عند قيـام القاضـي بـدوره

اذا كان القاضى يتمتع بسلطة واسعة ازاء معالجة آثر الظـرف الطارئ الا أن هذه السلطة وردت على سبيل الاستثناء من مهمتـه الأصليـة والتى تنحصر في مجرد تفسير عبارات العقد الغامضة والوصول الى النية المشتركة لطرفى العقد .

ويقضى المنطق أن الاستثناء لا يتوسع فيه والضرورة تقـدر بقدرها ومن هنا كان المشرع موفقا اذ منح القاضى السلطة الواسعة ولكن في اطار من الموجهات يجب عليه مراعاتها عند اجراء المعالجة خاصة وأن المشرع كان يضع نصب عينيه عند اقراره للنظرية ماردده خصومها من أن النظرية تفسح المجال لتحكم القاضى وتجعل العدالـة نسبيـة تختلف باختلاف شخصية القضاة ومفاهيمهم مما يهز مبـدأ القوة الملزمة للعقد فتلقى بذلك ظلالا قاتمة تلف بالاستقـرار الاقتصادي مما يكون من نتيجته افلات المتعاقد سيئ النية مـن التزامـه (٨٤٨) .

لكل ذلك حرص المشرع حين منح السلطة للقاضى لرد الالتـزام المرهق الى الحد المعقول أن يجعل ذلك محوطا ببعض الموجهات والتـي

---

(٨٤٨) أسعد الكورانى ـ المرجع السابق ص ٢٢٦ .

تكمن في نوعين : يتمثل الأول فى ضرورة تأكد القاضى من وجــــود الظرف الطارىء بأوصافــه السالف الاشارة اليها . ويتمثل الموجه الثانى فى ضرورة مراعاة الضوابط التشريعية عند معالجته لأثر الظـــــــرف الطارىء الذي تأكد من وجوده .

ونعالج كلا الموجهين تباعا .

-٠-

البنـد الأول

التحقـــق من أثـــر الظـــرف الطـــارىء

ان أول عمل للقاضى هو التحقق من أن ارهاقا ألم بالتــــزام المدين ويجعل تنفيـذه اياه مهددا له بخسارة فادحة .

وتكون أول خطوة للقاضى الى هذا السبيل هو معرفة الأســـاس الذي على ضوئه يتأكد من وجود الارهاق ويكون ذلك بالنظر الـــى أداءات العقد وطبيعتها ومدى الكلفة التى يتحملها كلا الطرفين عنـد تنفيـذ كل منهما لأدائه في الظروف العادية ثم يقارن ذلك بما حاق بالمتعاقد عند تنفيـذ أدائه في ظل الظروف الطارئة وبالتالى ينتهى الى ما اذا كان الارهاق يهدد بخسارة فادحة أم لا ؟ .

وقبل أن نتناول تلك المفترضات بالتفصيل نجد أن هناك مـــن الأمور البديهية التى يجب ألا تغب عن البال فلا شك أن الظروف التـــى تطرأ قبل ابرام العقد مستبعدة من نطاق البحث اذ أن معالجتهـــا تدخل ضمن مرحلة تكوين العقد . كذلك الظروف التى تطرأ عقب المـدة المحددة للتنفيـذ لا ينظر في أمر الالتزامات التى تنفذ خلالهـــا اذ أن المدين باهماله تأخر في تنفيـذ التزامه حتى وقعت الظـروف فعليـة وزر خطئـه .

ولذلـك نجد لزاما علينا تحديد بداية الظروف الطارئـــة اذ أن ذلك أمر بالغ الأهمية لأن حساب الخسائر التى يمكن توزيع عبؤهـا على الطرفين يبدأ من هذا التاريخ ويطلق عليـــه بالفرنسيـــه

Le reuil de l'imprevision ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التى يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند ابرام العقد (٨٤٩) .

فهذا هو النطاق الزمنى الذي يجب ان يتقيد به القاضى فى حساب الخسائر لأن ما قبل هذا النطاق تعد الخسائر فيه عادية ومألوفه ولما كانت العلة تدور مع معلولها وجودا وعدما والمسبب يدور مع سببه كذلك وجودا وعدما فانه خارج هذا النطاق يكون نهاية الظروف الطارئة ويعنى ذلك ارتداد الالتزامات التعاقدية الى الحالة المألوفة فى التنفيذ .

وبعبارة أخرى يمكن تحديد النطاق الذي بين حديه يقوم القاضى بتقييم أثر الحادث الطارئ وما اذا كان ينتج عنه ارهاق يهدد بخسارة فادحة ام لا ويمكن تحديد ذلك بوصول ارتفاع الأسعار الى الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند ابرام العقد وهذا هو الحد الأول لهذا النطاق أما الحد الثانى فيتمثل فى نهاية الظروف الطارئة وذلك بعودة الاسعار الى سيرتها الاولى قبل بدء الظروف الطارئة .

بعد ذلك نبحث نقطتين على جانب كبير من الأهمية وهما الأساس الذي على ضوئه تحدد الخسارة ثم كيفية حساب الخسارة .

---

(٨٤٩) د٠ سليمان الطماوي ـ المرجع السابق ص ٦٨٦ ٠

أولا : أساس تحديد الخسارة :

لتحديد ما اذا كانت هناك خسارة فادحة من عدمه يجب على القاضي أن يضع سعرا أساسيا أمامه على ضوئه يحدد ما اذا كانت الخسارة قائمة أم لا ؟ ويسمى هذا السعر بالسعر الأساسي أو سعر الأساس.

والأصل أن سعر الاساس يحدد بالسعر السائد في السوق وهذا أمر منطقي اذ السوق هو الميدان الخصب الذي ينشده كل متعامل ويعلق على السعر السائد فيه كل آماله وعلى ضوئه يتحدد نصيب كل متعامل من الربح والخسارة على ضوء تحرك تيارات العرض والطلب متأثرة بظروف الزمان والمكان والتي يظهر أثرها في ارتفاع أو انخفاض الاثمان (٨٥٠). وفقا للظروف السائدة وعلى حساب حدة الظروف يتوقف الحكم على تغير الأسعار وما اذا كان فاحشا من عدمه وغير ذلك من الأمور التي تشكل في نهايتها أوصافا للظرف الطارئ.

واذا كان سعر الأساس يتحدد على ضوء السعر السائد في السوق فلا خلاف اذا كان الطرفان قد اعتمدا على سعر السوق كوسيلة لتسوية الارتباطات بينهما بأن يذكرا في العقد سعرا كان هو السائد في السوق أو يذكرا في العقد أن تسوية المراكز القانونية بينهما تكون حسب السعر السائد في السوق وقت ابرام العقد.

---

(٨٥٠) د. أحمد جامع و د. زين العابدين ناصر – أصول الاقتصاد طبعة ١٩٨٧/٨٦، دار النهضة العربية ص ١٣.

ولكن يثور التساؤل اذا كان المتعاقدان قد اتفقا على سعر مغاير لسعر السوق فما هو المعيار الذي يتحدد على ضوئه السعر الأساسى ؟ .

تكمن الاجابة على هذا التساؤل بمعرفة العلة من الاهتمام بسعر السوق وأهميته . ولقد قدمنا أن السوق هو المجال الذي يلتقى فيه المتعاملون وترتبط مظاهر حياتهم بما يسود فيه وعلى ذلك تتحدد مراكزهم المالية بل ان قياس درجة ثراء الشخص وعدمه تقاس بما يملكه من ثروة مقومة بسعر السوق . أضف الى ذلك أن أي متعامل يرد بيعا أو شراء لسلعة معينة يقوم باستطلاع أسعار السوق قبل الاقدام على تلك الخطوة فالسوق هو قلب المعاملات النابض وهو المعيار الموضوعى لتقدير قيم السلع واتجاهات الأسعار من أبتعد عنه فقد أشياء كثيرة وقد لا يكون له حظ وافر بين جمهور المتعاملين فيكون غريبا عنهم فتراه يتخبط في معاملاته وغالبا ما ينتهى أمره الى الفشل .

ولذلك كان منطقيا أن يعتمد جمهور الشراح وتوافقهم في ذلك أحكام المحاكم على المعايير الموضوعية في مظاهر شتى ففى مدى توقع الحادث الطارىء من عدمه نرى الاجماع يكاد ينعقد على الاعتداد بمعيار الرجل المعتاد في مثل ظروف المتعاقد .

كذلك عند تقدير الارهاق ينظر الى الصفقة ذاتها بصرف النظر عن ظروف المدين الشخصية وحينما نقرر أن الخسارة في الصفقة نتيجة الظرف الطارىء تنشىء حالة من الارهاق لدى المدين تهدده

بخسارة فادحة انما يكون ذلك بالنظر الى أسعار الصفقة مقارنة بما يسود من سعر في السوق .

ولا نغالى اذا قلنا أن سعر السوق هو الذي يحدد ما اذا كان هناك ظرف طارئ أم لا ؟ . وذلك من واقع المفهوم الفنى الدقيق لهذه النظرية لأن هناك من الظروف الطارئة ما يقع ولا يؤثر على أحوال التعامل فمثلا لو وقع فيضان عالى ولكن أمكن تدارك نتائجه وبالتالى لم يترتب عليه خسائر فادحة فلا محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم أن الفيضان العالى ظرف طارئ لأن القول بتوافر الأخير منوط بالارهاق الذي يصيب المدين . والارهاق لا يتأتى الا من خلال الكلفة الزائدة عند تنفيذ الالتزام وتلك الكلفة بدورها لا تتأتى الا اذا كانت الأسعار السائدة في السوق تنبئ بغلاء فاحش ينوء بحمل تبعاته أولو الشراء من التجار والمتعاملين.

يضاف لذلك أن من بين صلاحيات القاضى على ما سنرى انقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن ولن يتأتى ذلك الا عن طريق معيار يتم على ضوئه ذلك ولا يمكن بحال القول بأن ما اتفق عليه الطرفان من سعر خاص يصلح معيارا في هذا المقام لأن الاتفاق يسقط بمجرد حدوث الظرف الطارئ ولا يبقى سوى المعيار الموضوعى العام وهو سعر السوق .

ننتهى على ضوء ما سبق أن المتعاقدين لو اتفقا على سعر يخالف سعر السوق فانما يكون ذلك بمثابة اتفاق خاص بينهما لا يقيد القاضى وعليه الاعتماد على السائد في السوق خاصة وأنه

يبحث المسألة من خلال معايير موضوعية في كل خطوة يخطوها في سبيل الحل وذلك أدعى الى توحيد الحلول قدر الامكان .

ثانيا : كيفية تحديد الخسارة :

عند استقرائنا لمراجع القانون المدنى لم نستدل على ما يرشدنا فى هذا الموضوع ولعل السبب في ذلك يرجع الى ان المسألة بيد القاضى ويغلب عليها الطابع العملى فلم يشأ الفقه أن يقيد القاضى سلفا بوجهات نظر قد تتغير وتتبدل ربما كليا خاصة وأن لكل حالة ملابساتها التى تختلف فيها عن نظائرها .

ولكننا نرى أنه من المهم طرق هذا الموضوع ولو من باب وضع ارشادات عامة قد يحتاج لها القاضى خاصة وأن مؤلفات القانون الاداري تضع للمحاكم الادارية مثل هذه الارشادات المقتبسة من السوابق القضائية لمجلس الدولة الفرنسى . وقد آثرنا أن نقتفى أثر تلك السوابق مع تطويعها لتلائم طبيعة الالتزامات المدنية .

وعلى ذلك نرى أن للقاضى حين تقديره للخسائر الناجمة من الظرف الطارئ والتى تصيب المدين بارهاق يهدده بخسارة فادحة . للقاضى ان يراعى الآتى (٨٥١) :

١- لا تدخل الخسائر التى تحيق بالمتعاقد قبل بداية الظروف الطارئة ولا يجوز لهذا المتعاقد أن يطلب مراعاتها عند تقييم حجم الخسائر لأنها من مخاطر العقد التى يجب تحملها

(٨٥١) د . سليمان الطماوي – المرجع السابق ص ٦٨٧ – ٦٩٠ .

ويتعرض لها المتعاقدون عادة .

ويمثل لذلك انتشار دودة لوز القطن بطريقة عادية ومألوفة مما ينجم عنه خسائر ثم بعد ذلك يحدث ظرف طارئ قد يتمثل في فيضان عالى غير متوقع يغرق تلك الزراعات ويتلفها فلا شك أن حساب الخسائر التى تدخل في مفهوم الظرف الطارئ يبدأ منذ لحظة الفيضان أما ما حاق بالمتعاقد من خسائر من جراء الدودة فلا تراعى لأنها مخاطر عادية ومألوفة بل متكررة .

٢- اذا كان المتعاقد قد حصل على أرباح في الفترة السابقة لبداية الظرف الطارئ فلا توضع في الحسبان عند تحديد كم الخسارة وتفسير ذلك أن حكم الظروف الطارئة استثناء يجب عدم التوسع فيه ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها فانه يجب النظر الى تحديد الخسارة في الحدود الزمنية لبداية الظرف الطارئ ونهايته وليس قبل أو بعد ذلك .

فضلا عن ذلك فان الأرباح التى حققها المتعاقد أصبحت جزءا من ثروته وقد رأينا أنه لا ينظر لثروة المدين عند تقييم الخسائر ومن هنا كان الرأي فقها وقضاءا على أنه يجب تطبيق أحكام النظرية على الأقساط التى حل أجلها دون تلك التى تم الوفاء بها أو لم تحل بعد .

ويلاحظ أنه لا يعتد كذلك بما عسى أن يحققه المتعاقد من أرباح في المستقبل لأن تلك الأرباح يكتنفها عنصر الاحتمال

فيكون تحققها مظنونا لا مقطوعا به فضلا عن أنها لو تحققت فقد تتحقق بعد زوال الظرف الطارئ .

مثال ذلك أن يجنى المتعاقد أرباحا وفيرة قبل بداية الظرف الطارئ تتمثل في هبوط السعر الذي يورد به هبوطا لا يرقى الى مرتبة الخسارة الفادحة لمن يستورد تلك السلعة . فاذا حدث الظرف الطارئ فان تلك الأرباح خاصة المتمثلة في الفرق بين السعر المتفق عليه فى العقد وذلك الذي هبطت اليه أسعار السلعة لا توضع فى الاعتبار عند تقييم الخسائر .

٣- يجب أن يوضع في الاعتبار عند تقييم الخسائر جميع أنواع النشاط المتصلة بموضوع العقد الأصلى أو التى ينص عليها العقد .

ومثال ذلك أن يقضى العقد بقيام المدين بتسليم السلع محل التعاقد الى موطن الدائن بمعنى أن يتحمل المدين مصاريف النقل فتلك المصاريف توضع في الاعتبار عند تقييم الخسائر أي انها تستنزل من جملة الخسائر اذ المدين يلتزم بها ولا تمثل بالنسبة له سوى أداء من بين الأداءات التى يجب عليه تنفيذها .

٤- ثار التساؤل عند حساب الخسائر هل يوضع فى الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة ؟ أم الفرق بين أقصى سعر يمكن توقعه والأسعار الجديدة ؟ أخذ مجلس الدولة الفرنسى بالحل الأول وهو حساب الخسائر من واقع الفرق

بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة (٨٥٢) .

ولكننا لا نتفق مع هذا الذي انتهى اليه مجلس الدولة الفرنسى ونرى أن الأسلم هو حساب الخسائر من واقع الفرق بين أقصى سعر يمكن توقعه وبين الأسعار الجديدة . ولا نجد عناءا كبيرا في تبرير وجهتنا لأن أقصى سعر يمكن توقعه هو السعر الذي ارتضى المتعاقد أن يقبله عند تغيير الأسعار بعد ابرام العقد وبالتالى لا يجوز له طلب تطبيق المادة ١٤٧/٢ - على شيء توقعه وقت ابرام العقد .

مثال ذلك : أن يبرم شخص عقدا لتوريد كمية من الأرز بسعر خمسين قرشا للكيلوجرام وأثناء ابرام العقد دار فى ذهن المتعاقد احتمال ارتفاع السعر عن ذلك فتقبل ذلك فى حدود عشرة قروش أي أنه مستعد للتوريد حتى ستين قرشا ولكن وقعت ظروف طارئة جعلت الكيلوجرام يباع بسعر مائة وعشرين قرشا فلا شك أن تحديد الخسارة يبدأ بعد السعر المتفق عليه مضافا اليه أقصى سعر توقعه المتعاقد بمعيار موضوعى قوامه المتعاقد العادي في مثل ظروف المدين . وهو في مثالنا عشرة قروش فكأن السعر المتفق عليه كان ستين قرشا بحسبان توقع المتعاقد .

٥- ينظر عند تحديد الخسائر الى النتائج الفعلية لتنفيذ الالتزامات التعاقدية حتى وقوع الظرف الطارىء أي يجب

---

(٨٥٢) المرجع السابق ص ٦٨٩ .

النظر الى ما هو كائن فعلا دون اعتداد بما ينبغى أن يكون لو أن المتعاقد قام بعمل معين طالما أن المتعاقد قام بتنفيذ التزامه دون تأخر عن الموعد المضروب لذلك بحسن نية .

٦- وأخيرا يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التى تحملها المتعاقد نتيجة الظرف الطارىء ما يرجع الى اخطائه في تنفيذ العقد .

مثال ذلك : أن يهمل المدين في التخفيف من آثار الظرف الطارىء وقد كان بمقدوره مما أدى الى تفاقم الخسائر الى درجة كبيرة كمن يغزو الفيضان أرضه وكان بمقدوره التقليل من كمية الماء التى أغرقت زراعته بعمل سدود وتقويات حولها حتى يتمكن من جنى معظم المحصول قبل مداهمة طوفان المياه له .

فلو احتسبنا الخسائر بمبلغ عشرة آلاف جنيه مثلا وقدرنا أن المدين لو حرص على تقليل تلك الخسائر وقد كان بمقدوره ذلك لوقف حد الخسارة عند مبلغ ثمانية آلاف جنيه فيجب اعتماد المبلغ الأخير على أنه حجم الخسارة وما زاد عنه يتحمله المدين لأنه من صنع يديه .

فاذا ما أنتهى القاضى من خلال المعطيات السابقة الى ان هناك خسارة وقعت على كاهل المدين من جراء الظرف الطارىء فيجب أن يتحقق كذلك من أن هذه الخسارة فادحة .

والخسارة الفادحة كما سبق القول هي تلك التي تخرج عند حدود المألوف في التعامل وتتجاوز الحد الاقصى الذي كان يمكن توقعه من ارتفاع الأسعار وقت ابرام العقد .

وعلى ذلك فالخسارة المألوفة لا اعتداد بها اذ التعامل يجري ما بين الكسب والخسارة ولقد قضت محكمة النقض بأن: " نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يستلزم في الارهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحدث الطارئ أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة ومن ثم فان الخسارة المألوفه في التعامل لا تكفي لاعمال حكم الظروف الطارئة " . وقد قدرت المحكمة أن فارق السعر اذا بلغ مائة وخمسون جنيها فانه يعد من قبيل الخسارة المألوفه بقولها : " واذا كان الثابت أن الطاعنين قد تمسكوا في مذكرتهم المقدمة أمام محكمة الاستئناف بأن الفارق بين الفدان من الأطيان المبيعة الثابت في عقد البيع وهو ١٦٠٠ ج وبين ثمنه حسب تقدير الخبير بعد صدور قانون الاصلاح الزراعي وهو ١٤٥٠ جنيه ليس من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام من المطعون ضدهم مرهقا يجاوز حدود السعة لأن هذا الفارق يعتبر من قبيل الخسارة المألوفه والتفاوت المعتاد في الأسعار[٨٥٣].

---

(٨٥٣) نقض مدني ١٩٦٣/٣/٢١ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ق ص ٣٤٧ ، نقض مدني ١٩٦٤/٣/٢٦ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ق ص ٤٠٩ ، نقض مدني ١٩٧٥/٦/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ق رقم ٢٢٣ ص ١١٦٣ .

ألا أن الخسارة الفادحة لاتعنى فى نفس الوقت الخراب لأن نص القانون وروحه تأبى الوصول الى هذه النيتجة (٨٥٤) .

ولذلك كان منطقيا أن نرى المحاكم الالمانية لا تشدد فى هذا الصدد اذ لا تشترط لامكان افادة المدين من الظروف الطارئة أن يؤدي التنفيذ الى خرابه اقتصاديا بل تجري نوعا من المقارنة بين مصلحة الدائن فيالتنفيذ ومركز المدين لكى تقرر ما اذا كان ينبغى أو لاينبغى احترام القوة الملزمة للعقد (٨٥٥) .

ولا شك أن الوصول الى هذا الهدف يكون باجراء عملية حسابية تمثل الفارق بين الأسعار الناتجة عن الظرف الطارىء وبين أقصى سعر توقعه المدين وقت ابرام العقد .

-.-

(٨٥٤) د. عبد الحى حجازي ـ المرجع السابق ص ٥٨٢ .
(٨٥٥) المرجع السابق ص ٥٨٣ هامش (١) .

البنـد الثانـــى

مراعـــاة الضوابـــط التشريعيـــة

يجب على القاضى فوق ما تقدم ان يراعى الضوابط التى وضعها المشرع كنموذج يحتذى عند وضع الارهاق عن كاهل من ابتلى بـــه وتبين لنا تلك الضوابط عند استعراضنا للنصف الاخير من الفقـــرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى اذ يقول : " .... جاز للقاضى تبعـا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهـــق الى الحد المعقول " ...

ونظرا لما أبداه خصوم النظرية (على نحو ما أسلفنـــا) من انتقادات عنيفة لها بحسبانها ثغرة ينفذ منها القاضى لينـال من مبدأ لزوم العقد وبالتالى يهز مبدأ سلطان الارادة الذي بـــدأ يتآكل بفعل التيارات الاشتراكية والظروف الاقتصادية والاجتماعيـــة التى تتعرض لها معظم الشعوب الآن . نظرا لكل ذلك أراد المشـــرع أن يحدث نوعا من التوازن وهو بصدد اعطائه للقاضى سلطة تتيـــح له تعديل الالتزامات التعاقدية فالمشرع وأن أجاز للقاضى سلطـــة تعديل العقد فانه من ناحية أخرى قيده بمجموعة من القيـــود والضوابط عليه أن يراعيها أثناء عمله وهى في حد ذاتها تمثـــل حائط صد يجب على القاضى ألا يتجاوزه وأن يعمل في حدوده فحسب .

ولم يقف المشرع عند ذلك بل رسم للقاضى اطارا عاما يجـــب أن يعمل في نطاقه حتى وأن تعددت مسالكه فانها تنطلق من مفهـوم

واحد وتلتقى كلها في نقطة واحدة فهى تبدأ من عند الظـــــروف الطارئة وتنتهى كما سنرى عند رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

وقبل أن نبين ما هى الضوابط الواجب مراعاتها يسترعـــــى انتباهنا لفظة وردت في نص المادة ٢/١٤٧ مدنى وهى لفظة " جاز " وبعدها تحددت سلطة القاضى مما يثير لنا عدة تساؤلات :

الأول : هل الجواز هنا يعنى أن القاضى بالخيار بين قبـــول الدعوى ونظرها والحكم فيها ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقـــول وبين رفضها أصلا أو قبولها مع عدم رد الالتزام المرهق الى الحـــد المعقول برغم أحقيـة صاحب هذا الالتزام لذلك ؟ .

أما التساؤل الثانى : هل يراد بالجواز أن القاضى بالخيـــار أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول من خلال الضوابط التشريعيـة أم أن له رده دون مراعاة تلك الضوابط مع لزوم قيامه بالرد ؟ .

لا شك أن كلمة " جاز " هنا لا يراد بها جواز اهمال القاضى لأي ضابط من الضوابط التشريعية ولا تعنى أنه بالخيار بيـــن رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أو عدم رده برغم تحقق أسبـــاب الـــرد .

لعـــدة أسبـاب :

١- أن المشرع بافراده نصا خاصا لمعالجة الظرف الطارئ لم يشـأ أن يجعل هذا النص مهملا ويجعل مصيره بيد القاضى ان شـاء أعمله وان شاء أهمله لأن ذلك يكون من باب العبث وهـــو

ما يجب الترفع عن نعت المشرع بمثل هذه الأوصاف .

٢- نص الظروف الطارئة ورد على سبيل الاستثناء وشأن مثل هذه النصوص أنها جاءت لتطبق بأوصافها التى وردت بها على خلاف القاعدة العامة فكون المشرع قد استثنى مسألة معينة من قاعدة عامة كانت تنتظم تلك المسألة فانما ينم ذلك عن أنه أراد تطبيق أوصاف معينة وضوابط محددة أفردها لتلك المسألة فلا يستساغ بعد ذلك القول بجواز الآخذ بهذه الضوابط أو طرحها .

٣- رتب المشرع جزاء البطلان على كل اتفاق بين الطرفين يكون من شأنه غل يد القاضى أو سلب سلطته في هذا المجال وهو ما يعنى شدة حرص المشرع على ان يكون الأمر بيد القاضى يطبقه بحذافيره دون اهمال أي جزء من أجزائه .

وتأكيدا لذلك قضت محكمة النقض بأن : " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون في الحادث الطارئ على القاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا الى الحد المعقول ". وبأنه : " تعطى المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى القاضى رخصة يجريها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول اذا كان تنفيذه مرهقا للمدين(٨٥٦) " .

---

(٨٥٦) نقض مدنى ١٩٧٠/٥/٥ — م نقض م — ٧٨٧ ، نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ م ق م — ٢٤٠ — ١٣٢٠ — محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٥ .

ويفهم من حكمى النقض السابقين أن سلطة القاضى التقديرية تنحصر فى اختيار الوسيلة التى يرد بها الالتزام المرهق الى الحد المعقول ٠

وعلى ذلك يكون مفهوم لفظة " جاز " السابقة أنها لا تعطى للقاضى سلطة تقديرية مطلقة وانما تعطية رخصة بشرط تحقق ظروف معينة بمعنى أنها تجيز للقاضى عمل شىء معين اذا ما تبينت له شروط معينة واستعمال هذه الرخصة خاضع لرقابة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح هذا الاستعمال(٨٥٧) ٠

نخلص مما سبق ان على القاضى مراعاة الضوابط التى وضعها المشرع وهو بسبيل رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ٠

بقى ان نبين تلك الضوابط من خلال استعراضنا للفقرتين الاخيرتين من نص المادة ٢/١٤٧ مدنى والتى جرت على الآتى : " ٠٠٠٠ جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " ٠

والنص يكشف لنا عن ضابطين هما : مراعاة الظروف المحيطة بتنفيذ الالتزامات العقدية المتأثرة بالظرف الطارىء فضلا عن الموازنة بين مصلحة الطرفين ٠ ونتولاهما بشىء من التفصيل ٠

---

(٨٥٧) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٨٥ ٠

أولا : التحقق من طبيعة الظروف المحيطة بالدعوى :

لا شك أن القاضى وهو بصدد رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول انما يفعل ذلك من خلال الظروف المحيطة بالجو العام الذي تنفذ فيه الالتزامات التعاقدية . أي أنه لا ينظر الى الالتزام المرهق مجردا من الظروف المحيطة به اذ أن هذه الظروف هى التى ساهمت في اضفاء صفة الارهاق على هذا الالتزام .

فعلى القاضى اذا أن يتفحص هذه الظروف ليتبين مدى آثارها على التزام المتعاقدين وما اذا كان الظرف الطارىء ذا تأثير مستمر أم مؤقت وحدود الاستمرارية والتأقيت كل ذلك من أجل الوصول الى حل مناسب باستخدام طريق مناسب من بين البدائل المتاحة أمامه .

فقد يبين للقاضى أن الظرف الطارىء سيستمر لمدة هى من الطول لدرجة أن أحدا لا يستطيع الادعاء بوقت انتهائها كحرب يزداد أوارها كل يوم دون أن تلوح في الأفق امارات لقرب انفراج الأزمة .

وعلى العكس من ذلك قد يتضح للقاضى أن هذه الظروف هى بمثابة سحابة بسيطة سرعان ما تنقشع غمامتها مما يهديه الى اختيار الحل المناسب ومثال ذلك ارتفاع فاحش في سعر سلعة معينة يتبين أنه ارتفاع مؤقت أجرته السلطات لتحقيق توازن اقتصادي فى ناحية من نواحى الاقتصاد القومى ينتهى أثر هذا الارتفاع بعد تحقيق هذا التوازن .

وقد يكون زمن بقاء الظرف الطارئ وسطا بين الطول والقصر ولذلك يتضح لنا الحكمة والدقة التى بمقتضاها اتجه الفقه والقضاء الى افراد عدة بدائل للقاضى يختار من بينها البديل المناسب بعد المواءمة بين طبيعة الظرف الطارئ وبين نوع البديل الذي وقع عليه اختياره وهو انما يفعل ذلك بسلطة تقديرية تبلغ من الاتساع حدا يتيح له اجراءها بنوع من المرونة تناسب المقام .

ولقد ضرب استاذنا الدكتور السنهوري مثلا يوضح مدى أهمية مراعاة القاضى للظروف المحيطة بالدعوى بمقاول يتعهد باقامة مبنى وترتفع أسعار بعض مواد البناء كحادث طارئ ارتفاعا فاحشا ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون ارهاق اذا لم يكن في هذا الوقف ضررا جسيما يلحق بصاحب المبنى(٨٥٨) .

وعلى العكس من ذلك لو أن تاجرا تعهد بتوريد لحوم لمستشفى ثم حدث وباء بين الحيوانات جعل اسعارها ترتفع الى أربعة أضعاف ففى هذه الحالة ليس من المناسب أن يوقف القاضى التزام المتعهد لأن ذلك يتعارض مع حاجة المستشفى الدائمة للحوم بل عليه أن يبحث عن وسيلة أخرى يرد بها الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

وهكذا نجد القاضى يتماشى مع الظروف الواقعة والمحيطة بتنفيذ الالتزام بنوع من المرونة .

---

(٨٥٨) د. السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٨٠ .

ثانيا : الموازنة بين مصلحة الطرفين :

ويتمثل هذا الضابط فى اجراء المقارنة بين مصلحة كل من المتعاقدين - وعلى ضوء ما تسفر عنه هذه المقارنة يكون اختيار الحل المناسب .

فمصلحة المدين تقتضى أن يؤخذ بيده واقالته من عثرته التى أوقعته فيها الظروف التى طرأت وأثقلت كاهله حتى راح يود الافلات من التزامه بجدع أنفه .

وتتمثل مصلحة الدائن في رغبته بتنفيذ المدين لالتزامه فى الموعد المحدد وبالكيفية المتفق عليها خاصة بعد ما لا حت له امارات الربح الوفير المتمثل في فارق الأسعار والذي يمثل بالضبط لدى المدين خسارة فادحة .

المسألة اذا أن القاضى يوازن بين طرفى النقيض وهى ليست من المسائل الهينة السهلة بل لا بد أن ينظر لها بمعيار موضوعى يتجرد فيه القاضى من كل تأثر بالحالة الشخصية سواء للدائن أو للمدين .

فان هو تيمن شطر الدائن لأخذ الأمور بمنتهى الحزم والصرامة اذ ما ذنب الدائن لكى يؤخذ بغير ما جنت يداه .

وان هو نظر لحال المدين لهاله ما فيه من ارهاق ونصب يهدده بخسارة فادحة ولا يد له فيما حدث سوى أن قدره ساق اليه الالتزام التعاقدي وجعل تنفيذه في ظل ظروف غير مواتية .

ولقد أشارت محكمة النقض الى السبيل الذي يتنكبه القاضى للوصول الى هذا الهدف اذ قضت ان على القاضى " وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفه التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما زاد على ذلك من خسارة غير مألوفه على المتعاقدين وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما (٨٥٩) " .

وواضح من الحكم السابق أن اجراء الموازنة أمر نسبى يختلف من حالة الى أخرى ومن هنا كانت سلطة القاضى في هذا الصدد تقديرية حتى يمكنه التوافق مع كل حالة يبحثها لاجراء تلك الموازنة .

ومن بين مظاهر الموازنة بين مصلحة الطرفين أن القاضى يجري سلطته التقديرية على الحاضر فقط دون التفات الى ما تم في الماضى الذي ربح فيه من ربح وخسر من خسر وكذلك بغض الطرف عن المستقبل الذي تكتنفه احتمالات عدة ومن بينها احتمال زوال أثر الحادث الطارئ .

وبذلك نكون قد انتهينا من التعرف على الضابطين اللذين يجب على القاضى أن يضعهما ضمن ما يراعيه من ضوابط نصب عينيه عند

---

(٨٥٩) نقض مدنى ١٩٧٠/٥/٥ ـ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١ ق . رقم ١٢٨ ص ٧٨٧ ، نقض ١٩٧٧/٣/١ فى الطعن رقم ٥٨٠ السنة ٤٣ ق ، ١٩٧٣/١٢/٢٠ ـ م ق م ـ ٢٤ ـ ١٣٢ .

استخدامه لسلطته التقديرية لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

ويعن لنا فى النهاية تصفح القوانين غير العربية التى أخذت بالنظرية قبل التشريع المصري ونقصد بها القانون الالمانى والبولندي والايطالى لنعرف مدى اتفاقهما مع التقنين المصري ومدى الاختلاف بينها ومواضعه .

١- بالنسبة للقانون الألمانى(٨٦٠) :

يستطيع القاضى الالمانى في ظل الوضع الراهن أن يتدخل لاعادة التوازن بين العلاقات التعاقدية والتى اختلت نتيجة الظرف الطارىء وحتى يتفادى مركزا لا يتفق مع حسن النية ومقتضيات العدالة .

الا أن سلطة القاضى مقيدة بقيود ثلاثة وضعتها المحكمة العليا الالمانية وهى :

أ) ان يتفق الطرفان على الابقاء على العقد .

ب) ان يكون تغير الظروف تغيرا استثنائيا .

ج) ان يوزع القاضى الغرم على المتعاقدين فلا يحملها للدائن وحده .

يتضح مما سبق أنه يترتب على الظرف الطارىء أحد حلين اما فسخ العقد أو اعادة تقييم الأداءات .

---

(٨٦٠) د. عبد الحى حجازي – المرجع السابق ص ٥٦٥ – ٥٦٦ هامش ٣.

يضاف لذلك أن سلطة القاضى محكومة بما يسفر عنه اتفـــاق الطرفيــن ٠

٢ـ بالنسبــة للقانون البولنــدي :

فقد نصت المادة (٢٦٩) بولندي على ما يأتــى :

" ٠٠٠٠ جاز للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبـــادىء حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقـة تنفيـذ الالتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضى بفســـخ العقــد(٨٦١) " ٠

ونلاحظ أن المشرع البولندي قد أفسح للقاضى سلطة تقديريـــة واسعة يستطيع من خلالها تعيين طريقة تنفيذ الالتزام علـــى ضوء ما حدث من ظروف طارئـه ٠

ولقد بين المشرع البولندي الضوابط التى يجب على القاضـــى مراعاتها وهى كون تدخله مما تقتضيه الضرورة وتطبيـــق مبادىء حسن النية فضلا عن الموازنة بين مصلحة الطرفين ٠

وضابط الضرورة يتفق مع ما صدر به المشرع البولندي نـــص المادة (٢٦٩) من أن الظروف الطارئة يظهر أثرها عندما يصبـح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة تجعل من الضروري تدخل القاضى لمعالجة أثر تلك الصعوبات حتى يجنب المتعاقد الخسارة الفادحة ٠

(٨٦١) د٠ السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٦٦ حيث أشار لهذا النص ٠

فاذا لمس القاضى أن ما حل بالمتعاقد ليس من قبيل الصعوبات التى تهدد بخسارة فادحة لم يكن من الضروري أن يتدخل بل يجب في هذه الحالة تنفيذ الالتزام بحسب ما اتفق عليه المتعاقدان قبل وقوع الظرف الطارىء .

ويعنى الضابط الثانى وهو حسن النية أن المتعاقد سيىء النية لا يستفيد من أحكام الظروف الطارئة . وهذا ترديد للمبادىء العامة في تنفيذ الالتزامات ولا شك أن المتعاقد قد يعد سيىء النية اذا كان بمقدوره تفادي آثار الظرف الطارىء ولم يفعل كأن يتراخى فى تنفيذ التزامه بعد الأجل المحدد له حتى يقع الظرف الطارىء .

كذلك اذا كان المتعاقد يستطيع التخفيف من حدة الصعوبات التى آلمت بالتزامه ولم يفعل كان سيىء النية .

وأخيرا يتمثل الضابط الثالث في ضرورة قيام القاضى بالموازنة بين مصلحة الطرفين وهو كما سبق لنا القول بصدد الضوابط فى التشريع المصري يتعلق بتوزيع تبعة الحادث الطارىء ولا يزيد الكلام هنا عما سبق طرحه .

٣- بالنسبة للقانون الايطالى :

تنص المادة (١٤٦٧) مدنى ايطالى على الآتى :

" .... جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط

العقد بما يتفق مع العدالة (٨٦٢)" .

ونلاحظ أن سلطة القاضى في ظل النص السابق تكون رهن ارادة المتعاقدين ومقيدة بما يطلبانه وهو اما فسخ العقد أو تعديل شروطه وبالتالى لا نكاد نلمح آية ضوابط يتقيد بها القاضى وهذا أمر منطقى اذ الالتزام بالضوابط رهن بتقرير السلطة فكلاهما وجهان لعملة واحدة ولكننا نلمح لفظا يقبع على استيحاء فى مؤخرة هذا النص وهو كون التعديل بما يتفق مع العدالة فكلمة العدالة هنا لا شك يمسك القاضى بناصيتها اذ هو ميزان العدل حال الاحتكام اليه ولكنه ضابط من قبيل المبادىء العامة التى لا تخص مسألة بعينها اذ العدالة رداء يجب أن يكتسى به كل مظهر من مظاهر المعاملات .

—•—

(٨٦٢) المرجع السابق نفس الموضع .

الفـرع الثالـــث

مدى سلطـة القاضـى عند معالجـة أثر الظـــرف الطـارئ

لقد رتب المشرع على الطوارئ غير المتوقعة أثرا هو تخويـــل القاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول(٨٦٣). ويستمد القاضى سلطته في معالجة أثر الظرف الطارئ مما ورد بالفقرة قبل الأخيرة من الفقرة الثانية للمادة (١٤٧) من التقنين المدنى والتى جرى سياقها على النحو التالى :

" ..... جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحـــة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " .

ويلاحظ أن عبارات الفقرة السابقة لم تكن كذلك فى المشــروع النهائى للتقنين الجديد وبالذات كلمة " رد " اذ كانت بدلا منهـــا كلمة " ينقص " بمعنى أن سلطة القاضى كانت تنحصر فى انقــــاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

ولا شك أن كلمـــة " ينقص " لم تكن لتحقق المراد من الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة والتى ما تقررت الا لرفع الارهاق عن كاهــل المتعاقد ولا شك أن تخفيف هذا العبء لا يكون في وسيلة الانقــــاص فقط ولكن كما سنرى فهناك وسائل أخرى تتمثل فى زيادة الالتـــزام

---

(٨٦٣) د. عبد الحى حجازي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨٧ .

المقابل أو وقف تنفيذ الالتزام لمدة معينة ... الخ .

ولأجل ذلك دارت المناقشات حول هذا المفهوم الى ان انتهت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ توخيا للدقة في تحري المعنى الصائب الى استبدال كلمة " ينقص " بكلمة " رد " الالتزام المرهق الى الحد المعقول خاصة وأنه لا يقصد بالانقاص المادي وانما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه (٨٦٤) .

ولا شك أن هذا التعديل قد أصاب عين الحق اذ به تصبح سلطة القاضى من الاتساع والمرونة بحيث تسمح له بعد المواءمة بين كافة ملابسات الدعوى التى امامه من كافة نواحيها ان يختار الوسيلة المناسبة لرفع الأرهاق عن كاهل المدين وانزال حكمه عليها .

ومعقولية الحد الذي يجب أن يصل اليه القاضى فى رفع الأرهاق عن كاهل المدين تعنى أنه يجب عليه اجراء نوع من الموازنة بين مصالح الطرفين في اطار من مراعاة الضوابط والأسس التشريعية مع عدم اهمال الظروف المحيطة بتنفيذ العقد مع ربط كل ذلك بنظرة موضوعية متأنية تتمشى مع المنطق السليم حتى ينتهى الى اصدار حكم في الواقعة الى العدالة أقرب مع الوضع في الاعتبار موقف المدين ومدى خطئه في احداث الظرف الطارئ فان ثبت خطؤه فلا يرفع عنه الارهاق وفى ذلك تقول محكمة النقض : " .... كما أنه لا يجوز اعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التى تكون قد حلت قبل

---

(٨٦٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٤ — ٢٨٦ .

وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين في الوفاء بها حتى وقع الحادث ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا الى خطأ المدين[٨٦٥] " .

والاجراء الذي يقوم به القاضي في هذا الصدد يتجاوز حدود مهمته العادية وهى تفسير عبارات العقد بما يتفق ونية أطرافه الى أن يصل بالقاضى الى حد صلاحيته لتعديل الالتزامات التعاقدية بتخويله سلطة مطلقة في اختيار الوسيلة التى يحد بها من الارهاق في تنفيذ الالتزام[٨٦٦] أي أن المحكمة مطلقة اليد في معالجة الموقف بالطريقة التى تؤثرها وليس المقصود من قيام القاضى برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول اعادة التناسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين الأداءين المتقابلين ولا رفع كل الارهاق عن كاهل المدين[٨٦٧] وانما يعنى توزيع تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين ويكون ذلك بعد استبعاد الخسارة المألوفة اذ يتحملها المدين وحده وما زاد عن ذلك يتوزع مناصفة بين الدائن والمدين . فاذا كان موضوع العقد هو التزام المدين بتوريد كمية من القمح بسعر مائة جنيه للأردب ثم ارتفع السعر ٢٥٠ جنية للأردب نتيجة لحادث طارئ كآفة غير متوقعة اصابت محصول القمح مما أثر على الكمية الناتجة فلا شك أننا لو الزمنا المدين بالتوريد رغم الارتفاع الفاحش في السعر فاننا نحمله بذلك مالاطاقة

---

(٨٦٥) نقض مدنى ١٩٦٤/٣/١٦ - م ق م - ١٥ - ٤٠٩ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٧ - ٤١٨ .

(٨٦٦) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٣٧٩ .

(٨٦٧) د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق - ص ٥٨٨ .

له به . وفى نفس الوقت لا نرفع عن كاهله كل مبلغ الزيادة (١٥٠ج) لأن من المألوف في التجارة أن يخسر الشخص كما قد يكسب ولذلك يقدر القاضى مبلغا معينا يعد من قبيل الزيادة المألوفه وليكن خمسون جنيها وتلك يتحملها المدين وحده ويتبقى بعد ذلك مائة جنيه وهى مقدار الزيادة غير المألوفة وتلك توزع مناصفة بين الدائن والمدين .

ويمكن تصوير ما سبق في المعادلة الآتية :

ما يتحمله المدين نتيجة الحادث الطارىء = قيمة الزيادة المألوفة + $\frac{1}{2}$ قيمة الزيادة غير المألوفة وهى في مثالنا = ٥٠ + ٥٠ = ١٠٠ج.

وما يتحمله الدائن نتيجة الحادث الطارىء = $\frac{1}{2}$ قيمة الزيادة غير المألوفة أي خمسون جنيها ويضاف الى ذلك قيمة الأداء الأصلى الذي يلتزم به كل منهما .

بالاضافة الى ذلك فان القاضى حين رده الالتزام المرهق الى الحد المعقول فانه لا يفعل ذلك بالنسبة لكل الالتزامات المتولدة عن العقد بل على تلك الالتزامات التى لم تنفذ فقط وفى الحدود الزمنية التى يستغرقها أثر الظرف الطارىء بمعنى أن العقد لو كان دوري - التنفيذ كعقد التوريد وكان المدين ملتزما بتوريد كمية معينة من السلعة شهريا فان رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ينحصر فى تلك الالتزامات التى لم تنفذ فاذا حدث وانقشعت غمامة الظرف الطارىء قبل ان ينقضى العقد فاننا نرتد الى الأصل وهو تنفيذ

ما تبقى من الالتزامات بطريقة عادية دون تعديل(٨٦٨) .

وفى ذلك تقول محكمة النقض بأن " نظرية الظروف الطارئة انما ترد على الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فانه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة (٨٦٩)) .

تكلمنا فيما سبق عن مفهوم رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويثور التساؤل حول كيفية اعمال هذا الرد خاصة وان المشرع قد وضع المبدأ العام تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء وهذا ما تم بالفعل اذ انه باستقراء كتب الفقه نستطيع أن نتبين وسيلة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول والتى تنحصر فى انقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل أو الانقاص والزيادة فى ذات الوقت وقد يرى القاضى وقف تنفيذ الالتزام اذا قدر أن أثر الظرف الطارئ في سبيله الى الزوال . وعلى ذلك تواترت كما سبق معظم أحكام المحاكم .

ولكن وقبل أن نتناول تلك الوسائل تفصيلا نجد لزاما أن نضع في خطة معالجتنا لهذا الأمر عدة نقاط هامة : النقطة الأولى تتمثل فى موقف القوانين المقارنة من مسألة معالجة أثر الظرف الطارئ لنقف على مدى اتفاقها أو اختلافها مع التقنين المدنى المصري .

---

(٨٦٨) د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٨٦٩) نقض مدنى ١٩٦٢/١٢/٢٠ ـ مجموعة أحكام النقض ـ السنة ١٣ق ص ١١٧٩ .

وأخيرا وعلى ضوء استعراض حكم كافة التقنينات تقفز علـــى السطح مسألة الفسخ ومدى حظ معالجة أثر الظرف الطارىء منها .

وعلى ذلك ينحصر الكلام في ثلاثة بنود وهى :

البنـد الأول : وسائل رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

البند الثانى : أحكام رد الالتزام المرهق فى التقنينات المقارنة .

البند الثالث : مدى امكانية الحكم بالفسخ في التقنين المدنـــى المصـــري .

ونتولى معالجة كل نقطة من هذه النقاط تباعا .

-•-

البند الأول

وسائل رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول

يمكن القول بداية بأن الوسائل التى نوهنا عنها سابقا ليست على سبيل الحصر اذ أنها لم ترد ضمن نص قانونى سواء آمر أو مكمل بل كانت ثمرة اجتهادات فقهية وقضائية ولذلك لا غضاضة من اضافة وسيلة أو أكثر لها أذا أثبت العمل صلاحيتها لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

ولقد سبق لنا القول أن هذه الوسائل تنحصر في أربعة وهى : انقاص الالتزام أو زيادة الالتزام المقابل أو الجمع بين الانقاص والزيادة وأخيرا وقف الالتزام .

ونتناول كل وسيلة على حدة بالتفصيل المناسب .

١- انقاص الالتزام المرهق :

قد يرى القاضى أن رفع الارهاق عن كاهل المدين يكون بانقاص الالتزام المرهق سواء من حيث الكم أو الكيف وكذلك اذا كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين[٨٧٠] .

ومن العسير جدا وضع قاعدة عامة للانقاص لاختلاف كل حالة عن

---

(٨٧٠) د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٨٩ .

الأ... في طبيعتها وظروفها الخاصة وما تقتضيه لرفع الارهاق من الالتزام ولذلك لا يتقيد القاضى بقاعدة حسابية ثابتة وانما يقوم بعمله بعد مراعاة الضوابط الخاصة والتى سبق التنويه عنها .

ومن ناحية أخرى يجب على القاضى وهو بسبيل انقاص الالتزام المرهق أن لا يرفع الارهاق كلية عن المدين لأن العدالة تأبى ان يوضع كل هذا العبء على عاتق الدائن الذي لا يلزمه العقد بشيء من ذلك[871] .

ولنضرب لذلك مثالا شهيرا يتردد في كتب الفقه[872] ويجري هذا المثال على أن تاجرا تعهد بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية ثم تضاءلت كمية المتداول من السكر في السوق الى حد كبير لحادث طارىء كحرب منعت استيراده أو اغلاق بعض مصانعه فأصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها .

فلو عرضت الواقعة التى تضمنها المثال السابق على القاضى فان له أن ينقص من كم الالتزام الذي تعهد المدين بأدائه بمعنى أنه لو التزم بتوريد مائة طن من السكر يستطيع القاضى أن ينقصها الى سبعين طن مثلا وفى هذه الحالة يصبح على التاجر (المدين) أن يورد الكميات التى عينها القاضى فقط ومن ناحية أخرى يجوز لمصنع الحلوى (الدائن) أن يقتضى تلك الكميات من المدين عينا أو تعويضا طبقا

---

(٨٧١) د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٧ .
(٨٧٢) د. السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص ٨٨١ .

للقواعد العامة بل يجوز لو أمتنع المدين عن تنفيذ التزامه وفقا لوفعه الجديد أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

ولا تقتصر سلطة القاضى على تقليل الكمية الملتزم بها المدين فحسب بل يرى البعض أن للقاضى فضلا عن انقاص الكمية انقاص الثمن الذي يدفعه المدين أو يقسطه أو ينقص فوائده أو يرفعها كلية(٨٧٣).

مثال انقاص الثمن أن ينخفض سعر الوحدة من السلعة المبيعة - انخفاضا فاحشا بحيث يصبح السعر الذي التزم به المشتري مرهقا له ارهاقا يهدده بخسارة فادحة كأن ينخفض السعر من عشرة الى ثلاثة فيستطيع القاضى في هذه الحالة ان ينقص من هذا الثمن أو ينقص من جملة الفوائد المستحقة على هذا الثمن أو تخفيض سعر هذه الفائدة كل ذلك مدة بقاء أثر الظرف الطارئ فاذا انجلى هذا الأثر عادت للالتزام قوته الأصلية كما اتفق عليها الطرفان فى بداية التعاقد .

هذا عن انقاص الالتزام المرهق من حيث الكم ويثور التساؤل عن مدى سلطة القاضى في انقاص الالتزام المرهق من حيث الكيف فهل يجوز له ذلك ؟ هذا ما ذهب اليه البعض(٨٧٤) باعطائهم للقاضى سلطة

---

(٨٧٣) د. أحمد سلامة - المصادر المرجع السابق - ص ١٦٣ ، د.عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق - المصادر - ص ٤٠٩ .

(٨٧٤) د. اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٣١٨ ، د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٨٩ ، د. أحمدسلامة - المرجع السابق ص ١٦٣ ، د. محمد عبد الجواد - شرط الارهاق - المرجع السابق ص ٦٢٧ ، اسعد الكورانى - المرجع السابق ص ٢٤٢ .

السماح للمدين بتقديم نفس الكميات الملتزم بها في العقد ولكن من صنف أقل .

وهذا أمر نعترض عليه لأنه اذا كانت سلطة القاضى مطلقة فى اختيار الوسيلة التى يرد بها الالتزام المرهق الى الحد المعقول فليس له أن يتلاعب بمقدرات العقد ويغير من جوهر الالتزام على عكس ما اتفق عليه الطرفان لأنه مقيد بالضوابط التشريعية والتى سبق الكلام عنها ومن بينها الموازنة بين مصلحة الطرفين ولا شك أنه ليس من مصلحة الدائن الحصول على صنف أقل من الصنف المتعاقد عليه لأن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها كما اذا كانت نوعا من الغزل يستعمل فى نوع معين من ماكينات النسيج ولا يصلح غيره او نوع معين من مواد البناء لا بديل له فكيف يمكن الزام الدائن بقبول هذا الصنف الذي لا يستخدمه لا شك أن فى ذلك انكار لروح العلاقة التعاقدية وتشويه لذاتية العقد بحسبانه وسيلة لتحقيق مصالح أطرافه على الوجه المبتغى .

وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه : " تعطى المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى القاضى رخصة يجريها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول اذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من التزامه القائم أو الزام الدائن برد ما استوفاه [٨٧٥] .

---

(٨٧٥) نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/٢٠ - م ق م - ٢٤ - ١٣٢٠ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤٣٥ .

ولا شك أن قيام القاضى بالسماح للمدين بتقديم صنف أقل من الصنف الذي التزم بتوريده مثلا يعد اعفاء له من التزامه اذ لا يمكن حمل الاعفاء الوارد فى الحكم السابق على انه اعمال للفسخ لأن المحكمة قد نوهت له قبل حديثها عن الاعفاء فيحمل الأخير فى هذه الحالة على أنه يراد به عدم جواز السماح للمدين بابدال التزامه من حيث الكيف بالتزام آخر أقل فى القيمة .

أضف الى كل ما تقدم أن القاضى بمسلكه هذا يصطدم بنص المادة (٣٤١) مدنى والتى تنص على الآتى : " الشيء المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى " .

وقد علقت مجموعة الأعمال التحضيرية على هذا النص بقولها : " ينبغى أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلا سواء أكان الالتزام به التزاما بنقل حق عينى أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل فلا يجوز ان يستبدل بهذا الشيء شيىء آخر ولو كان أعلى منه قيمة الا أن يرتضى الدائن الاعتياض (الوفاء بمقابل) أو أن يكون ظاهر التعنت[٨٧٦] فيجب ألا يطلب من الدائن ان يقبل وفاء من المدين بشيء غير المتفق عليه في العقد أصلا لأن تلك السلطة غير ممنوحة للقاضى لأنه وكما عبرت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي : " ..... فاذا تثبت القاضى من قيام

---

(٨٧٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٣ ص ٢١٢ .

الطارئ غير المتوقع وعمد اعمال الجزاء بانقاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة فهو ينقص منه الى الحد المعقول(٨٧٧) .

وبذلك ننتهى الى ان سلطة القاضى تقف عند حدود الالتزام المرهق الى الحد المعقول عن طريق انقاصه دون مساس بطبيعة الالتزام ذاته من حيث الكيف .

٢- زيادة الالتزام المقابل :

قد لا يرى القاضى انقاص التزام المدين على نحو ما رأينا بل يرى أن الأوفق والملائم أن يزيد من التزام الدائن .

ومن الأمثلة الهامة في هذا المقام ما ذكر في لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ من أن تاجرا قد تعهد أن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشا للاردب ثم ارتفع السعر الى أربعة جنيهات فيقوم القاضى بزيادة السعر الوارد فى العقد(٨٧٨) .

وفى هذا المثال نجد أن الفارق في السعر المتفق عليه وما وصل اليه نتيجة الحادث الطارئ هو ٣٤٠ج (٤٠٠ - ٦٠ = ٣٤٠) .

ولا شك أن القاضى وهو فى سبيله لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول لا يوزع هذه الزيادة على الطرفين هكذا ولكن وكما سبق لنا القول أن هناك زيادة مألوفه غير شاذة وهذه يتحملها المدين

---

(٨٧٧) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٨٠ - ٢٨١ .
(٨٧٨) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٨٥ .

وحده ولتكن أربعون قرشا بمعنى أن سعر الاردب لو وصل الى مائة قرش فان ذلك أمر غير مزعج ولا ارهاق فيه فالتجارة كما نعلم مكسب وخسارة ٠

ولكن غير المألوف هو باقى الزيادة وهى ثلاثمائة قرش تقسم بالسوية بين الدائن والمدين فيكون نصيب كل منهما مائة وخمسون قرشا (٨٧٩) ٠

وهكذا نجد أن القاضى حينما يرى أن من المناسب زيادة التزام الدائن فانه لا يحمله كل العبء الناشىء من الظرف الطارىء بل يزيدها بما يوازي نصف هذا العبء في شقه غير المألوف(٨٨٠) أي أن الدائن لا يتحمل ارتفاع السعر المألوف بل يتحمله المدين كما يتحمل الدائن الانخفاض المألوف(٨٨١) ٠

ولا شك أن مثل هذا الحل غير مجحف بالدائن فاذا كان سيشتري اردب الشعير بتكلفة قدرها مائتين وعشرة من القروش فان هذا الوضع مربح له لأنه لو أراد في هذا الوقت (وقت الظرف الطارىء) الارتباط بعقد لشراء كميات من هذا الشعير فانه سيرضخ للسعر السائد وهو أربعة جنيهات ٠

---

(٨٧٩) د٠ السنهوري ـ المرجع السابق ص ٨٨٠ ٠
(٨٨٠) د٠ سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٧ ٠
(٨٨١) د٠ حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٩ ٠

٣- الجمع بين الزيادة والانقاص :

قد يجمع القاضي بين الوسيلتين السابقتين بمعنى ان ينقص من التزام المدين ويزيد من التزام الدائن(٨٨٢).

ففي المثال السابق الخاص بالشعير نفترض أن المدين كان قد التزم بتوريد مائة أردب من الشعير دفعة واحدة بسعر ستون قرشا للاردب ثم ارتفع السعر الى أربعة جنيهات وانتهينا الى ان الزيادة المألوفة بواقع اربعون قرشا ويتبقى ثلاثة جنيهات تقسم بالسوية بين الطرفين ليتحمل كل منهما مائة وخمسون قرشا .

فلو أن القاضي حبذ الوسيلة الثالثة وهي انقاص التزام المدين وزيادة التزام الدائن لجرى حكمه على النحو التالي :
أن ينقص من التزام المدين بتخفيض الكمية المطلوب توريدها الى النصف مثلا بأن يلتزم المدين بتوريد خمسين أردبا فقط ثم يقوم بزيادة التزام الدائن بمقدار نصف الزيادة المقررة والتي اقترحناها فيتحمل مبلغ خمسة وسبعون قرشا .

ويلاحظ بالنسبة للوسائل الثلاثة السابقة ان اعمال احداها يكون بالنسبة للحاضر فقط ولا شأن للقاضي بالمستقبل لأنه غير معروف وقد يزول أثر الحادث الطارئ فيعود العقد الى سيرته الأولى وتعود له قوته الملزمة(٨٨٣) .

---

(٨٨٢) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٦٣ ، د. اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٣١٨ ، د. عبد الحي حجازي- المرجع السابق ص ٥٨٩ .
(٨٨٣) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٨١ .

وعلى ذلك جرت احكام القضاء فقد قضت محكمة النقض بأنه :

" فى حالة اعمال حكم الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون الثمن فيها مقسطا يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه في هذه الفقرة الا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة أما باقى الأقساط المستقبلية فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها [٨٨٤] .

٤- وقف تنفيذ العقد :

قد لا يؤثر القاضى احدى الوسائل الثلاث السابقة بل يلجأ الى تعطيل نفاذ العقد لمدة يحددها . وذلك اذا لاحت له امارات توحى بقرب انفراج الأزمة وزوال أثر الظرف الطارئ .

مثال ذلك أن يتعهد مقاول باقامة مبنى وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعا فاحشا ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه اذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيما يلحق صاحب المبنى [٨٨٥] .

---

(٨٨٤) نقض مدنى ١٩٦٤/٣/١٦ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ق ص ٤٠٩ .

(٨٨٥) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٨٠ .

ومن واقعات المثال السابق نستطيع تبين أن الوقف ما هـو الا اجراء يستطيع به القاضى أن يمد من أجل تنفيذ الالتزام اذ انه يعطل التزامات العقد فترة استشراء أثر الظرف الطارئ وأثره فاذا ما انكشفت غمة هذا الظرف وعادت الأمور الى حالتها الأولى تحركت القوة التنفيذيه للعقد مرة أخرى .

ونلاحظ من خلال ما سبق السمات التى تميز الوقف عما سبق من وسائل .

فوقف الالتزام لا يمس ماديات العقد سواء بالانقاص منها أو الزيادة فيها سواء لأحد الطرفين أو كليهما . وفضلا عن ذلك فان لجوء القاضى لرد الالتزام المرهق بوسيلة الوقف مشروط بألا يتسبب ذلك في الاضرار بالدائن فقد يكون فى مسيس الحاجة للسلعة محل الالتزام مهما كلفه ذلك من الاشتراك في العبء الطارئ وهذا الأمر يقدره القاضى وفقا لمجريات الدعوى أمامه .

ولا شك أن الوقف اذا استغرق المدة المحددة أصلا لتنفيذ الالتزام فان هذا لا يؤثر على أجل تنفيذ الالتزام الذي يرحل لمدة جديدة تساوي المدة التى أوقف الالتزام فيها .

فاذا كانت المدة المحددة لتنفيذ الالتزام ثلاثة أشهر مثلا وهى ذات المدة التى أوقف فيها الالتزام فان العقد حينما ترتد له قوته التنفيذية فهى تعود لثلاثة أشهر كاملة .

مدى تداخل الوقف مع نظرة الميسرة :

ذكرنا أن وقف الالتزام يعنى تأجيل تنفيذه الى مدة يحددها القاضى ويرجو بعدها انقضاء أثر الظرف الطارىء وهنا قد يغم الأمر بوجود نوع من التشابه أو التداخل مع نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين • فيثور التساؤل عن مدى هذا التداخل ان وجد ؟ •

بادىء ذي بدء نلقى الضوء سريعا على نظرة الميسرة والتى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (٣٤٦) بقولها : " على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص فى القانون ان ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم" • فنظرة الميسرة أجل قضائى يمنحه القاضى للمدين الذي تأخر عن تنفيذ التزامه في موعده ودون موافقة الدائن على ضوء الظروف والملابسات التى تحيط بتنفيذ المدين وأهمها حسن أو سوء نيته (٨٨٦) .

فالقاضى يمنح المدين هذه المهلة اذا قدر أنه حريص على تنفيذ التزامه ولا تمنعه من ذلك سوى ظروف خارجة عن ارادته وان تكون تلك الظروف مؤقتة يؤمل زوالها وألا يترتب على منح هذه المهلة ضرر جسيم بالدائن لأنه ليس من العدل اغاثة المدين عن طريق الاضرار البليغ بالدائن (٨٨٧) ومثال هذه الظروف أن يلم بالمدين

---

(٨٨٦) د • محمد لبيب شنب ـ الأحكام ـ المرجع السابق ص ٢١٨ •
(٨٨٧) د • فتحى عبد الرحيم ـ المرجع السابق ص ٣٦٤ •

مرض أو بأحد أفراد اسرته فيستنفذ ما كان أعده من نقود للوفاء بالتزامه (٨٨٨) .

ويلاحظ أخيرا أنه يجوز للقاضى تحديد قدر المهلة التى يمنحها للمدين فلم يقيده القانون بحد أقصى لهذه المدة كل ما هنالك أنه يجب عليه منح مدة معقولة ويراعى ألا تكون هذه المدة من الاسراف بحيث تضر ضررا جسيما بالدائن .

وبدلا من أن يحدد القاضى أجلا واحدا يستطيع أن يمنح المدين عدة آجال بمعنى أن يقسط عليه الدين ويحدد للوفاء بكل قسط أجلا معينا (٨٨٩) .

وبعد هذا العرض السريع نستطيع بيان أوجه الشبه والخلاف بين نظرة الميسرة ووقف الالتزام لظرف طارىء .

أوجه الشبه :

أ) كلاهما يتم من خلال السلطة التقديرية للقضاء .

ب) يتشابهان في أن كلاهما يتضمن ترحيلا للاجل الأصلى لأداء الالتزام لأجل لاحق يحدده القاضى .

ج) يتفقان في أن منح المهلة ووقف الالتزام كلاهما مشروط بألا يتسبب عنه ضرر جسيم للدائن .

---

(٨٨٨) د . محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ٢١٩ .

(٨٨٩) المرجع السابق ص ٢٢٠ .

أوجـــه الخـــلاف :

أ) السبب الذي يدعو الى منح المدين نظرة الميسرة هو حادث خـــاص فردي يتعلق بالمدين وحده أو بأحد أفراد أسرته أو بـــذوي قرباه والذين يلتزم بالانفاق عليهم .
أما وقف الالتزام فانه يكون لحادث عام استثنائى وليـــس خاصا بالمدين بل يعم الارهاق الناجم عنه بمن في مثل ظـــروف المديـــن .

ب) وقف الالتزام لحادث طارىء لا يكون نتيجة تقاعس المدين عـــن الوفاء بالتزامه وانما للارهاق الذي يصيبه ويهدده بخســـارة فادحة ان هو نفذ التزامه في ظل تلك الظروف . أما نظـــرة الميسرة فلا تمنح الا لتقاعس المدين بحسن نية عن الوفـــاء بالتزامه برغم حلول أجلـه .

ج) المعيار الذي على ضوئه يمنح القاضى المدين نظرة الميسرة هـــو معيار شخصى يرجع الى ظروف المدين الخاصـة .
أما المعيار فى وقف الالتزام لظرف طارىء فانه معيار موضوعى لا يتأثر بظروف المدين وانما ينظر فيه الى الرجل المعتاد فـى مثل ظروف المديـن .

د) فى نظرة الميسرة لا يتقيد القاضى بحد أقصى للمهلة التـــى يمنحها أما فى وقف الالتزام فانه يتقيد بمدة معينة هـــى تلك التى يقدر أن بعدها سيزول أثر الظرف الطارىء .

هـ) يستطيع القاضى وهو بصدد منح نظرة الميسرة أن يحدد للمدين آجالا معينة يقسط عليها التزامه .

أما فى وقف الالتزام فان القاضى يؤجل تنفيذ الالتزام برمته الى أجل واحد .

وفى مجمل ما سبق قضت محكمة النقض : " المهلة التى يجوز للمحكمة أن تمنحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم انما هى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الرخص التى خولها المشرع لقاضى الموضوع بالفقرة الثانية من المادة (٣٤٦) من القانون المدنى ان شاء أعملها وأنظر المدين الى ميسرة وان شاء حبسها عنه بغير حاجة منه الى أن يسوق من الأسباب ما يبرر به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها (٨٩٠) .

وهكذا نستطيع القول بأنه ليس وقف التنفيذ لظرف طارئ وبين نظرة الميسرة من العلاقة شروى نقير اذ أنهما نظامان يعمل كل منهما على استقلال تام وأن ما بينهما من أوجه شبه لا يؤثر فى هذه الاستقلالية .

---

(٨٩٠) نقض مدنى ١١/١١/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ق ص ١١٩٣ ، نقض ١٦/٥/١٩٦٨ - مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ق - مدنى ص ٩٣٦ ، ٢٣/٣/١٩٥٠ - م ق م - ١١٣- ٣٦٣، ٢٥/٥/١٩٥٠ - م ق م - ١١٤ - ٣٦٣ .

وأخيرا نود أن نؤكد على أن سلطة القاضى اذا كانت مطلقة فى اختيار الوسيلة التى يرد بها الالتزام المرهق الى الحد المعقول الا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض لتقدير مدى توافر الشروط التى تبيح له استعمال الرخصة التى بمقتضاها عدل الالتزام التعاقدي (٨٩١) .

-٠-

(٨٩١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٧٨ وما بعدها .

البنـــد الثالـــث
أحكام رد الالتزام المرهق فى التقنينات المقارنة

١- أحكام الالتزام المرهق في القانون الانجليزي :

يرتب القانون الانجليزي على الظروف الطارئة فسخ العقد وهذا هو الجزاء المقرر فقط لمواجهة أثر الظرف الطارئ وهو ما يوحى بالجمود وعدم المرونة الا أننا يمكن ان نبرر ذلك بما يسود القضاء الانجليزي من روح المحافظة على التقاليد .

وانطلاقا من تلك الروح السائدة كان طبيعيا أن يحاكى هذا القضاء السوابق القضائية في هذا المجال وبالتالى ونتيجة لذلك لم يحد عن اقرار قاعدة الفسخ والتى تقررت فى أول حكم قضائى فى انجلترا يعترف بأثر تغير الظروف وهو حكم تايلور وكالدويل (٨٩٢) Taylor. Caldwell .

أساس الفسخ :

يرجع أساس الفسخ فى القانون الانجليزي الى الاستحالة المادية المطلقة فى تنفيذ العقد . ويظهر ذلك جليا من استعراض قضية تايلور وكالدويل الشهيرة والتى تخلص وقائعها فى أن اتفاقا تم بين كالدويل وتايلور على أن يقوم الأول بتسليم صالة رقص وحدائق يمتلكها الى تايلور نظير مبلغ معين من المال على ان

(٨٩٢) د . حسبو الفزاري - المرجع السابق ص ٦٨٣ حيث أشار لهذا الحكم .

يقيم الأخير فيها عددا من الحفلات الراقصة فى أيام محددة تبدأ من ١٨٦١/٦/١٧ وتنتهى في ١٨٦١/٨/١٩م .

ولكن حدث أن شب حريق هائل قبل بدء تنفيذ العقد بخمسة أيام وكان من نتيجته تدمير صالة الرقص تدميرا تاما بحيث أصبح تنفيذ العقد في ظل ما جد من ظروف مستحيلا استحالة مطلقة لهلاك محله ولما عرضت القضية على محكمة منصة الملك قضت بفسخ العقد لهلاك محله هلاكا ماديا Physical destruction فى الفترة اللاحقة على تكوين العقد وقبل تنفيذه (٨٩٣) .

وبرغم تواتر القضاء الانجليزي على تبنى منطق الفسخ الا انه تحلل من سببه الأصلى (الاستحالة المطلقة) وراح يقضى بالفسخ لمجرد الارهاق في تنفيذ العقد أي الاستحالة النسبية أو الصعوبة في التنفيذ مما كان يعد نوعا من التحرر الجزئى من التقاليد المتوارثة فى مرفق القضاء .

كيفية ايقاع الفسخ :

طبقا للشريعة العامة الانجليزية لا يحتاج الفسخ لحكم قضائى يقرره ولا لاتفاق الطرفين بل كان يقع تلقائيا وفورا بقوة القانون حتى وان جهله المتعاقدان اذ ليس لهما خيار فى ذلك .

ولقد عبر عن ذلك بعض الفقهاء الانجليز بقوله : ان طروء

---

(٨٩٣) المرجع السابق ص ١٣٦ .

الحادثة الاستثنائية لا يزود المدين بوسيلة خاصة فحسب يدفع بهـا دعوى الطرف الآخر وانما كذلك يقتل العقد نفسه ويحرر المتعاقدين كليهما بصورة تلقائية (٨٩٤) .

"it Kills the contract itself and discharge both parties automatically " .

الا ان القضاء لم يقنع بهذا المنطق (الفسخ التلقائى) والذي يغل يده عن ان يقدر الاستحالة ومداها خاصة وأن تبنيه للفسخ نتيجة مجرد الارهاق يجعل سلطته تتسم بشىء من المرونة تجعل دور القاضى هاما وضروريا للوصول الى القرار العادل .

ولذلك كان طبيعيا أن تنفر المحاكم الانجليزية من تلقائية الفسخ وقد ظهر ذلك فى عدة أحكام والتى من بينها الحكم الصادر فى قضية شركة سينسيري المحدودة والتى كانت قد ابرمت عقدا مع المدعو ستريت لشراء عدد (٢٧٥) طن من الشعير وبشرط أن يزرعها فى حقله الا أن محصول الحقل لم يغل تلك الكمية بل وقف عند حد (١٤٠) طنا فقط مما جعل ستريت يرى أن هذه الكمية لا تكفى للوفاء بالتزامه فتصرف فيها دون خطأ منه نظرا لاستحالة تنفيذ الالتزام كاملا .

الا أن شركة سينسبري المحدودة تقدمت للقضاء طالبة التعويض بسبب اخلال ستريت بالعقد لأنه كان في مقدوره تنفيذ العقد جزئيا وقد استجابت المحكمة لذلك وقضت بالزام ستريت بتعويض الشركة المذكورة (٨٩٥) .

---

(٨٩٤) المرجع السابق ص ٦٨٥ .
(٨٩٥) المرجع السابق ص ٦٨٧ .

ويلاحظ على هذا الحكم عدم اقراره للفسخ التلقائى للعقد والذي طبقه ستريت في حقه واستردت المحكمة زمام النظر في الالتزامات العقدية حتى ولو كانت هناك استحالة في تنفيذها .

ولكن يلاحظ أنه وان كان القضاء جعل ناصية الالتزامات العقدية بيده في حالة الاستحالة الا أن ذلك يكون في حالة الاستحالة النسبية أما تلك الكاملة أو المطلقة وكذلك حالات عدم المشروعية فما زال الفسخ بالنسبة لها تلقائيا يقع بقوة القانون(٨٩٦) .

أثـر الفسـخ :

نفـرق في ذلـك بين حالتيـن :

الأولى : اذا وقعت الظروف الطارئة قبل بدء تنفيذ العقد فان التزاماته تنقضى برمتها ويصبح العقد فى حكم العدم .

الثانية : اذا كان قد نفذ من العقد بعض التزاماته ثم حدثت الظروف الطارئة فان انقضاء العقد ينصرف الى المستقبل دون مساس لما نفذ في الماضى بمعنى ان العقد نشأ صحيحا ومعافى من كل عيب فما تم من تنفيذ في ظل الفترة السابقة على الظرف الطارىء ينتج أثره ولا يتأثر بذلك الظرف(٨٩٧) .

---

(٨٩٦) المرجع السابق ـ نفس الموضع .
(٨٩٧) المرجع السابق ـ ص ٦٨٥ .

تعليـــق : واذا كان لنا كلمة نقولها بشأن أحكام رد الالتـزام المرهق في القانون الانجليزي فاننا نبدي الملاحظات الآتيـة :

١- يسوي القانون الانجليزي بين القوة القاهرة والظرف الطارىء من حيث الأثر اذ يقضى بالفسخ في كلا الحالين مما يؤدي الى تداخل النظريتين الكبيرتين تداخلا يخالف الأصول الفنية فى التقسيم برغم أن لكل منهما مجاله دون تداخل وقد عبر عن ذلك القضاء الانجليزي ضمنا حينما أمسك بزمام العقد فى حالة الاستحالـة النسبية التى تولد ارهاقا نظرا لأن تقدير الارهاق يحتاج لنوع من الموائمة بين أمور عدة ويحتاج فضلا عن ذلك الى معطيات فنية واستعداد لا يتوافر الا لرجال القضاء أما حين يستحيل تنفيذ العقد كلية بطريقة يدركها العامى والمتخصص فنرى القضاء الانجليزي يتنازل عن نظر مثل تلك العقود •

وهكذا نجد أن التفرقة التى أجراها القضاء الانجليزي تنم عن استشعار ضرورة المغايرة في الجزاء الذي يطبق اذ لا يعقل أن يتساوى الجزاء بين حالتين برغم اختلاف المشارب وسبب توقيع الجزاء فكان مناسبا جدا لو قرر المشرع الانجليزي الفسخ للاستحالة الكاملة ورد الالتزام المرهق للحد المعقول فى حالة الاستحالة النسبيـة •

٢- ليس للفسخ أثر رجعى في ظل القانون الانجليزي بل ينصرف أثره الى المستقبل دون مساس بالماضى • وهذا أمر يخالف منطق الفسخ اذ انه برغم أن الحكم بالفسخ حكم منشىء الا أن له أثـر

رجعي يتمثل في اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليهما قبل التعاقد[٨٩٨] (م ١٦٠ مدنى مصري) .

فضلا عن سقوط الحقوق التى قررها كل منهما للغير ويستثنى فى ذلك العقود الزمنية اذ يقتصر أثر الفسخ فيها على المستقبل فقط لأن ما مضى من الزمن لا يعود وأفضل مثال على ذلك عقد الايجار .

٢- أحكام رد الالتزام المرهق فى القانون الايطالى :

تنص المادة (١٤٦٧) مدنى ايطالى على انه " .... اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

من خلال النص السابق نستطيع أن نتبين أن هناك وسيلتان لرد الالتزام المرهق فى القانون الايطالى وهما :

١- الفسخ : فالمدين الذي يلم بالتزامه ارهاق ناتج عن الظروف الطارئة يستطيع أن يتحاشى ذلك الارهاق بلجوئه للقضاء طالبا فسخ العقد .

٢- توقى الفسخ : وبمقتضى هذه الوسيلة يستطيع الدائن اذا

---

(٨٩٨) د. عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق ص ٥٠٧ .

عز عليه فسخ العقد أن يدرأ ذلك بأن يعرض على المدين تعديل شروط العقد بما يتفق مع العدالة .

وبذلك يكون القانون الايطالى أكثر واقعية من القانون الانجليزي الذي يقف عند حد وسيلة واحدة وهى الفسخ .

ولنا أن نتساءل : ما هو دور القاضى الايطالى خاصة وان زمام الأمور بيد المدين ويستطيع الدائن أن يشاركه ذلك ؟ .

بادىء ذي بدء فالقاضى الايطالى دوره محدود لأن المدين لا يلجأ اليه طالبا رأيه أو الاحتكام اليه وانما يفرض عليه الحل .

ولكننا نستطيع أن نقرر أن للقاضى الايطالى دور لا شك فيه لأنه لا يعقل أن يقتصر دوره على مجرد تنفيذ ما يعرضه عليه الطرفان وهذا الدور يتجلى في ثلاثة مظاهر هى :

الأول :

لقد سبق لنا بيان أن الارهاق يقدر في ظل القانون الايطالى بمعيار موضوعى وتلك مسألة يقدرها القاضى وحده بأن يوازن بين موقف المدين وبين ما يماثله من أشخاص في مثل ظروفه .

فاذا كان الفسخ مسببا فتقدير سببه يرجع الى القاضى .

الثانى :

اذا عرض الدائن تعديل شروط العقد فان ذلك منوط بكون العرض

عادلا ولا شك أن تقدير عدالة العرض تقدر بمعيار موضوعى ويكـــون الأمر حينئذ بيد القاضى وليس المدين أو الدائن ذاته .

الثالـــث :

اذا انتهى القاضى الى أن عرض الدائن عادل فانه يقوم بتعديل العقد حتى ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يجوز له الاعتراض لأنـــه ما طلب الفسخ الا توقيا للارهاق فاذا ما أزيح عنه فالأصل هـــو لزوم العقد خاصة وأنه لا يكون بعد ذلك هناك سبب لانهاء الرابطـة العقديـــة .

وهكذا نجد أن للقاضى دورا يتدرج فى قوته من مجرد الاستجابة لطلب المدين بالفسخ بعد توافر سببه الى حد استرداد سلطته كاملـة من خلال طلب الدائن تعديل شروط العقد .

٣- أحكام رد الالتزام المرهق في القانون البولندي :

تنص المادة (٢٦٩) من تقنين الالتزامات البولندي على الآتى :
" ..... فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صـــار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعـان توقعها وقت ابرام العقد جاز للمحكمة اذ رأت ضرورة لذلك تطبيقـا لمبادىء حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعيـــد طريقة تنفيذ الالتزام أو تحدد مقداره بل وأن تقضى بفســـخ العقـــد " .

وواضح من النص السابق أنه قد زود القاضي بوسائل ثلاث لرد الالتزام المرهق وقبل أن نستعرض تلك الوسائل نود التنبيه على أن القاضي حين يمارس سلطته يجب عليه مراعاة أمرين :

الأول : أنه لا يلجأ الى اعمال أية وسيلة الا اذا دعت الضرورة لذلك . والضرورة التي تدعو لذلك تتمثل في كون ما حدث يجعل الالتزام محوطا بصعوبات شديدة ومن شأن تنفيذه أن يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة .

الثاني : تطبيق مبادىء حسن النية على الواقعة محل الدعوى وحسن النية يعني ألا يكون مرجع الصعوبات الشديدة أو الخسارة الفادحة الى أحد الطرفين اذ انه بذلك يكون سيىء النية وسوء النية من الموانع التي تحول دون استفادة الشخص أو الأخذ بيده من آثار ما جنت يداه .

وهذا الوضع يظهر بوضوح في ظل القانون البولندي خاصة وأنه يعتبر بعض الحوادث الفردية ظرفا طارئا يجيز اعادة النظر في الالتزامات التعاقدية كهلاك المحصول هلاكا كليا فيجب الا يتسبب المدين في اهلاك محصوله كمنفذ له للتخلص من التزامه .

أما الوسائل التي وضعها المشرع البولندي بين يدي القاضي فهي :

١- تعيين طريقة تنفيذ الالتزام :

وهذه الوسيلة تتضمن في ثناياها مرونة يستطيع القاضي

بمقتضاها المواءمة بين مصلحة الطرفين والظروف المحيطة بالعقد ليختار بذلك الطريقة المناسبة لتنفيذ الالتزام خلاف ما اتفق عليه الطرفان .

فاذا كانا قد اتفقا على تنفيذ الالتزام دفعة واحدة فيستطيع القاضى أن يجعله مقسطا . واذا تمثل الظرف الطارىء فى قطع طرق المواصلات البرية يستطيع أن يجعل التنفيذ بواسطة نقل البضائع بالسكك الحديدية أو السفن أي الطرق المائية (٨٩٩) .

وقد يرى القاضى أن الأنسب هو تأجيل تنفيذ الالتزام لفترة معينة وهو يقابل وقف الالتزام فى مصر .

ننتهى الى ان تعيين الطريقة التى ينفذ بها الالتزام لا يمكن حصرها تحت أمور معينة بل ان ما ذكرناه على سبيل المثال فقط .

٢- تحديد مقدار الالتزام :

ويمكن القول بأن تحديد مقدار الالتزام صورة لما عليه الوضع في مصر اذ يستطيع القاضى ان ينقص من التزام المدين أو يزيد التزام الدائن أو يجمع بين هاتين الوسيلتين .

٣- فسخ العقد :

وهى وسيلة يلجأ لها القاضى اذا لم تفلح الوسيلتان

---

(٨٩٩) د. حسبو الفزاري - المرجع السابق ص ٦٨٩ .

السابقتان في توقى الصعوبات الشديدة التى صادفت تنفيذ المدين لالتزامه نتيجة الحرب أو الوباء أو الهلاك الكلى للمحصول مما يهدده بخسارة فادحة .

ولنا ان نتساءل : هل يمكن للقاضى أن يلجأ للفسخ مباشرة دون اختبار مدى فاعلية الوسيلتين الأخريين ؟ .

لا شك أن الاجابة على ذلك بالنفى اذ لا يستطيع القاضى ان يقضى بالفسخ مباشرة لأن الأصل هو الابقاء على الرابطة العقدية طبقا لمبدأ لزوم العقد فيجب على القاضى أن يستفرغ وسعه لصون هذا المبدأ في مضمون العقد الذي أمامه حتى لو كلفه ذلك الاجتزاء من بعض الالتزامات العقدية لأن ما لا يدرك كله لا يترك كله .

فاذا استعصى العقد على وسائل المعالجة كان القرار باعدامه عن طريق فسخه لأنه صار أداة لا تنفع ولا تضر .

٤- أحكام رد الالتزام المرهق في القانون الالمانى :

تردد القضاء الألمانى كثيرا فى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة الا أنه ونتيجة للآثار التى خلفتها الحرب العالمية الأولى وأهمها ارتفاع أسعار المواد الأولية ارتفاعا فاحشا لمائة ضعف نتيجة لذلك تراجع القضاء أمام تنكره للنظرية وان لم يأخذ بها كاملة الا أنه قطع شوطا فى سبيل اقرارها وتمثل ذلك في اعترافه بنظرية الاستحالة الاقتصادية . وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الألمانية

بابراء ذمة المدين نهائيا عندما يترتب على الحرب استحالة التنفيذ ولو موقتا [٩٠٠] .

الا أنه لوحظ أن اعطاء المدين الحق فى الفسخ يضر بالتعامل دائما فاستبدل به القضاء سبيلا آخر وهو منح القاضى سلطة التدخل فى العقد لاعادة تقييم الأداء المقابل مما يؤدي الى الابقاء على العقد . خاصة بعد ثبوت أن انخفاض قيمة النقود لا يؤدي فى الحقيقة الى استحالة التنفيذ وانما يؤدي الى تقويض علاقة التوازن عندما يختل التناسب بين أداء المدين وأداء الدائن اختلالا فادحا .

ولقد حاز هذا الاتجاه القضائى القبول لدى المحكمة العليا بعد تردد طويل اذ لمست من خلال قضية عرضت عليها مدى معاناة المدين من جراء التضخم الناجم من انخفاض قيمة النقود وما يتبعه من اختلال في أداءات العقد .

وتخلص وقائع هذه القضية في أن شخصا قام بتأجير أماكن للتجارة لآخر وتعهد بأن يمده بالبخار اللازم لادارة الماكينات فى مقابل ثمن أضيف الى الأجرة المتفق عليها فلما انخفضت قيمة النقود وارتفع سعر الفحم اللازم لتوليد البخار ارتفاعا شديدا حتى بلغ سعر الفحم المستهلك في عامين عشرة أمثال الأجرة السنوية طلب المؤجر زيادة في المبلغ المتفق عليه فحكمت له المحكمة العليا

---

(٩٠٠) د. عبد الحى حجازي – المرجع السابق ص ٥٦٥ هامش (٣) .

بذلك بناء على أن مضمون أداء المدين قد تغير من الناحية الاقتصادية الى حد أن الابقاء على الأداء المقابل أصبح يؤدي الى اختلال التناسب اختلالا لا يطيقه المدين فكان لا بد أن يؤدي هذا الانقلاب الاقتصادي الى تدخل القاضى حتى يتفادى مركزا لا يتفق مع حسن النية ومقتضيات العدالة (٩٠١) .

الا أن المحكمة العليا قيدت تدخل القاضى بقيود ثلاثة هى :

أ) ان يتفق الطرفان على الابقاء على العقد .

ب) أن يكون تغير الظروف تغيرا استثنائيا .

ج) أن يوزع القاضى الغرم على المتعاقدين فلا يحملها للدائن وحده (٩٠٢) .

وبذلك نستطيع القول بأن معالجة الظرف الطارىء في ظل الوضع القضائى في آلمانيا تتم بوسيلتين فاما الفسخ واما أن يتدخل القاضى لاعادة التناسب الذي أخل به الانقلاب في اقتصاديات العقد .

والفسخ جزاء يستنبط من القيد الأول وهو كون الطرفين متفقين على الابقاء على العقد اذ مفهوم المخالفة لذلك أنهما اذا لم يتفقا فان القاضى سوف يحكم بالفسخ .

ـ٠ـ

---

(٩٠١) المرجع السابق ـ نفس الموضع .
(٩٠٢) المرجع السابق ـ نفس الموضع .

البند الثالث

مدى امكانية الحكم بالفسخ في التقنين المدني المصري

رأينا ان نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدني تعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

ولا يختلف اثنان على ان تفسير رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول لا يتضمن تخويل القاضي سلطة فسخ العقد سواء من ناحية المدين أو ناحية الدائن .

الا أننا وباستقراء كتب فقه القانون المدني لاحظنا أن جمهرة لا بأس بها من الفقهاء تميل الى جواز فسخ العقد وأعطت صلاحية طلب الفسخ للدائن وحده (٩٠٣) .

ولكننا في جانب آخر نجد بعضا من الفقه يؤثر تطبيق نص المادة (٢/١٤٧) كما أراده المشرع دون اجتهاد يصرف النص الى غير ما عناه المشرع ولذا فهذا الجانب من الفقه لا يقر فسخ

---

(٩٠٣) د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ٣٤١ ،د. عبدالمنعم البدراوي ـ المرجع السابق ص ٤٠٩ هامش (١)، د. أحمد سلامة ـ المرجع السابق ص ١٦٣ ، د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٢٢٧ ، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام طبعة ١٩٨٩ ـ المطبعة العربية الحديثة بالعباسية ص ١٢١ ، د. محمد عبد الجواد ـ شرط الارهاق ص ٦٠٦ ـ ٦١٢ .

العقـــــد (٩٠٤) .

وبذلك أمامنا فريقين أحدهما يجيز الفسخ للدائن والآخـــر يمنع ذلك ولكن يلاحظ أن جميع الفقه مسلم بعدم جواز طلب الفسـخ من قبل المدين لأن القول بغير ذلك يعنى أن الدائن وحده يتحمـــل تبعة الحادث الطارئ وهو ما لا يجوز .

فلنستعرض موقف كل فريق تفصيلا وما يستند له - وما انضم له من انصار - من حجج ومبررات ثم نبين رأينا الخاص فى المسألة على النحو التالـى :

الفـــريق الأول :

ويذهب هذا الفريق الى جواز طلب الدائن فسخ العقد اذا لـــم يرق له التعديل الذي أجراه القاضى .

ويحتج هذا الفريق لما ذهب اليه بالآتـى :

١- اذا كان رد الالتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التـى يلاقيها المدين فى تنفيذ التزامه فان الوسائل التى أقرهـــا الفقه لتعديل التزامات المدين قد لا تجدي فى جميع الحـــالات حيث يكون الارهاق قد بلغ مبلغا لا يجدي معه مجرد توزيـــع عبئه على الطرفين بحيث نجد أنفسنا في حاجة الى اقـــرار

(٩٠٤) د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٨٧ - ٥٨٨ ، د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٨٢ ، د. أنور سلطـــان - المرجع السابق ص ٣٨٣ ، د. حسين عامر - المرجع السابق ، ص ٩٥ .

وسيلـة الفسخ مما يدعو الى ضرورة تعديل نص المـادة ٢/١٤٧ مدنى لتتسع لمكنة الفسخ كاحدى الوسائل التى يجوز للقاضـى اللجوء اليها عند الحاجة .

ويعضد صاحب هذه الحجة ما ذهب اليه بقولة" للفقيه فـواران مضمونها : " أن من آثار الظروف الطارئة أن يصبح العقـد مريضا ولكن من المرض ما يمكن الشفاء منه ومن المـرض ما لا يجدي معه أي دواء(٩٠٥)" .

٢- لا يجوز أن نفرض على الدائن التعديل الذي يراه القاضـى اذا كان يؤثر التخلى عن الصفقة لا سيما وأن فسخ العقد يكـون أصلح للمدين اذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ(٩٠٦) ولكن لا يحق للدائن اذا آثر الفسخ أن يطالب بالتعويض عن عـدم تنفيـذ العقد(٩٠٧) .

الفريـق الثانـى :

وينكر هذا الفريق على القاضى سلطة الفسخ لأن أثر الحـادث

(٩٠٥) Le Contrat est un malade-or il est des cas ou la maladie est incurable, d'autres ou elle est guerissable.
V. Voirin de l'impreision dans les rapports de droit prive' these nancy 1922, p.220.
مشار اليه د. محمد عبد الجواد - شرط الارهاق - المرجع السابق نفس الموضع .

(٩٠٦) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٩٠٧) د. اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٣١٨ وفى نفس المعنى د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٣٢٧ ، د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ١٦٣ ، د. عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق ص ٤٠٩ .

الطارئ ينحصر فى أن القانون يخول القاضى سلطة تعديل العقد دون أن يسمح بفسخه (٩٠٨) .

ويضيف هذا الفريق فضلا عن ذلك الحجج الآتية :

١- أن القول بضرورة منح القاضى سلطة فسخ العقد تخالف ما هو مستقر فى الفقه والقضاء من أن فسخ العقد لا يجوز أن يحكم به الا فى حالات الاستحالة impossibilite أو الصعوبة " difficulte " لا فى الحالات التى قد يظهر فيها ان ثروات المدين قد أصبحت غير كافية أو عاجزة عن تنفيذ العقد رغم تعديل شروطه بسبب الظروف الطارئة .

فضلا عن أن المطالبة بالفسخ تقوم على خلط واضح بين فكرة تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفكرة استحالة التنفيذ التى تنشأ عن قيام حالة القوة القاهرة (٩٠٩) .

٢- سلطة الفسخ ليست من بين السلطات التى منحها المشرع للقاضى واذا جاز منحه الفسخ فانه لا يكون في هذه الحالة فسخا قضائيا une resiliation judiciaire وانما يكون فسخا اتفاقيا une resiliation conuer ionelle لا يرجع الى تطبيق الظروف الطارئة وانما يعتبر ناتجا عن تفاعل

---

(٩٠٨) د. حشمت ابو ستيت ـ المرجع السابق ص ٣١٩ .

(٩٠٩) D. Magdy sobhy khalil, le dirigisme economique et les contrats, etude de droit compare no 579 p. 370.
مشار اليه د . حسبو الفزاري ـ المرجع السابق ص ٧٠٦ .

الارادة العقدية وفقا لنظام التقايل أو التفاسخ(٩١٠) .

٣- عدم اجازة الفسخ ينم عن رغبة المشرع فى الابقاء على العقد وفى توزيع نتائج الظروف الطارئة على المتعاقدين فضلا عن أن آثارها قد تزول بعد حين يعد قصيرا فى عمر العقد المبرم لمدة طويلة وبذلك حافظ المشرع على ما تبقى من مبدأ القوة الملزمة للعقد ولم يسرف فى احراجه واضعافه (٩١١) .

وبعد ان فرغنا من استعراض موقف كل فريق ازاء فسخ العقد فانى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه الفريق الثانى من عدم جواز الحكم بالفسخ ولو بناء على طلب الدائن واحتج لذلك بالآتى :

١- أحكام نظرية الظروف الطارئة استثناء من مبدأ هام وشهير متفرع من مبدأ سلطان الارادة ألا وهو مبدأ لزوم العقد الذي يرتفع بالالتزامات التعاقدية الى مصاف الالتزامات الواردة فى نصوص القانون .

ولقد كان لمبدأ لزوم العقد وما زالت أهمية كبرى جعلت بعض التشريعات تؤثر ارهاق المدين على ان تخرج على هذا المبدأ كالتقنين المدنى الفرنسى الذي بلغ فى احترامه هذا المبدأ حدا جعله لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة حتى الآن .

---

(٩١٠) D. mostapha mohamed Al gammal, l'adaptation du contrat aux circonstances economiques no 467 P. 247 .
مشار اليه - المرجع السابق نفس الموضع .

(٩١١) د. عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٥٨٧ - ٥٨٨ .

ولقد تواترت أحكام القضاء على التنبيه باحترام ذلك المبدأ من ذلك ما نصت عليه محكمة النقض من أن " العقد قانون العاقدين فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون العام يخضع لرقابة محكمة النقض[(٩١٢)] .

وبأنه : " ليس في أحكام القانون المدنى ما يسوغ للقاضى خفض الالتزامات التى يرتبها العقد بل ان هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين[(٩١٣)] .

ورغم سمو هذا المبدأ ومتانته وشموخ حماه الا أن بعض التقنينات ومنها التقنين المدنى المصري قدرت أن هناك من الضرورات ما لا يستطيع هذا المبدأ أن يصمد أمامها فقررت الخروج عليه لعلة ترجح علة عدم المساس به ومن هذه الضرورات الظروف الطارئة وما تحدثه من أثر يتمثل فى ارهاق المدين ارهاقا يهدده بخسارة فادحة . مما حدا بتلك التقنينات أن تمنح القاضى سلطة تعديل العقد وهذا ما فعله المشرع المصري والقاضى هنا يمارس سلطته على سبيل الاستثناء فهو مقيد بما اجازه له الشارع وليس من بين ما أجازه له سلطة الفسخ خاصة وأن من بين المبادىء التى تحكم الاستثناء عدم جواز التوسع فى تفسيره . والقول بغير ذلك فيه اهدار لارادة المشرع وتضييع للمبادىء القانونية .

---

(٩١٢) نقض مدنى ١٩٣٧/١٢/١٦ - م ق م - ١٥٨ - ٨٥٧ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٣ .

(٩١٣) نقض مدنى ١٩٤٧/٥/١٥ - م ق م - ٢ - ٨١٨ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٤ .

٢- أخذ المشرع المصري أحكام الظروف الطارئة من التشريعات التي سبقته وهما التشريع البولندي والايطالى • وكان المشرع بالخيار اما أن ينقل أحكام الظرف الطارئ كما تبنتها تلك التشريعات أو يأخذ منها ما يناسبه ويطرح ما خلاف ذلك وهذا ماحدث بالضبط اذ أن هذين التشريعين يقران فسخ العقد ولم يشأ المشرع المصري أن ينقل عنهما ذلك الحكم مما يعنى استبعاده له وعدم اقراره مسلك القاضى اذا حكم به • فكيف يتسنى القول بجواز الفسخ بعد ذلك •

ولقد تأكدت تلك النظرة من خلال استقراء المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي اذ ورد بها : " ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين ..... فالقوة القاهرة تفضى الى انقضاء الالتزام أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه الا انقاص الالتزام الى الحد المعقول وبذلك يتقاسم الدائن تبعته (٩١٤) •

وما ورد فى المذكرة الايضاحية يؤكد أن جزاء الفسخ لايناسب معالجة الظرف الطارئ اذ لو أخذنا به وكما ذهب أنصار الفريق الأول لسمحنا بذلك بالتداخل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة

---

(٩١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٢٨١ •

وهو أمر غير جائـــز .

٣- من التطبيقات التشريعية لنظرية الظروف الطارئة نص المـــادة (٦٠٨) مدنى والتى تجيز فسخ الايجار للظرف الطارىء .

ولا شك أن هذا النص (٦٠٨) يعد تطبيقا تشريعيا للنص العـــام الذي يقرر نظرية الظروف الطارئة (م ٢/١٤٧) وان كان بينهما بعـض الاختلاف وأهم جوانبه اجازة انهاء العقد بالفسخ على خلاف مـــاورد بالنص العام وهو الاكتفاء برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (٩١٥).

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي على هذا النـــص (٦٠٨) : " وضعت هذه المادة مبدأ خطيرا هو فسخ الايجار بالعــذر وهو مبدأ مأخوذ من الشريعة الاسلامية وهو فى الوقت ذاته تطبيـــق هام لمبدأ الحوادث غير المتوقعة (٩١٦) " . فالعلاقة بين النصين هـى علاقــة الخاص بالعام .

ولا شك أن هذا التطبيق التشريعى هو تأكيد للمبدأ الـــــذي نتبناه وهو أن نص المادة (٢/١٤٧) لا يعطى للقاضى صلاحية الحكـــم بالفسخ والا لما احتاج المشرع الى النص على ذلك فى المـادة (٦٠٨) وكان قد اكتفى الى الاحالة لنص المادة (٢/١٤٧) . فالاستثناء تأكيد للقاعـــدة .

---

(٩١٥) د. السنهوري - الوسيط - العقود الواردة على الانتفـــاع بالشيء - الايجار والعارية ص ٨٥٧ .

(٩١٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٤ ص ٥٩٨ .

وصفوة القول ما علق به استاذنا المغفور له الدكتور السنهوري على نص المادة (٦٠٨) بقوله : " واختلاف هذا النص العام عن تطبيقه التشريعي فى بعض التفصيلات لا يمنع اطلاقا من أن يكون النص الوارد فى عقد الايجار تطبيقا تشريعيا للنص العام فالاختلاف محصور فى مسألتين :

الأولى : لم يشترط النص الوارد فى عقد الايجار بخلاف النص العام أن يكون الحادث الاستثنائى عاما . ، الثانية : أجاز النص بخلاف النص العام أيضا انهاء الايجار ولم يقتصر على رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . فالنص الوارد فى عقد الايجار قد وسع من نظرية الحوادث الطارئة ولذلك كان تطبيقا تشريعيا لم يلتزم حدود المبدأ المطبق[٩١٧] " .

وما قيل بشأن المادة (٦٠٨) يقال بشأن الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) مدنى والتى تجيز فسخ عقد المقاولة للظروف الطارئة .

٤- تواترت أحكام المحاكم مؤكدة عدم جواز الحكم بالفسخ من ذلك ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية بقولها : " ... والمحكمة مطلقة اليد فى معالجة الموقف بالطريقة التى تؤثرها وتسارع المحكمة الى القول انه اذا كانت هذه النظرية تجيز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فيه فانها لا تبيح له فسخ العقد بمعنى أن الالتزام المرهق يبقى ولا ينقض ولكن يرد الى الحد

---

(٩١٧) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٥٨ .

المعقول(٩١٨) " .

وكذلك قضت محكمة النقض بأنه : " تعطى المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى القاضى رخصة يجريها عند توافر ظروف معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول اذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون ان يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من التزامه القائم أو الزام الدائن برد ما أستوفاه(٩١٩) " .

ونلاحظ أن هذين الحكمين وغيرهما يركزان على ضرورة تقيد القاضى بسلطته التى أتاحها له المشرع ومراعاة حدودها فاذا كانت هذه السلطة مطلقة في اختيار وسيلة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول الا أن ذلك الاطلاق مقيد بعدم الخروج على الحدود التى أرادها المشرع سياجا تدور داخله سلطة القاضى .

-٠-

(٩١٨) القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/٣١ - مشار اليه زكى سعيد البدرمالى - شرح قانون الاصلاح الزراعى - الكتاب الثانى طبعة ١٩٥٥ ص ٢٧ .

(٩١٩) نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/٢٠ - م ق م - ٢٤ - ١٣٢٠ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤٢٥ .

الفـرع الرابـــع

مدى امكانية معالجة أثـر الظـرف الطارىء بالتشريع

حينما أقر المشرع نص المادة ٢/١٤٧ مدنى مشيدا بذلك صـرح نظرية عامة للظروف الطارئة لم يشأ أن يجعل هذه النظرية العامـة الوسيلة الوحيدة لحل مشاكل الطوارىء غير المتوقعة وانما ارتـأى لأسباب معينة وحكمة خاصة أن يستثنى بعض الحالات ويعطيها حـلا مغايرا لما أورده النص العام .

ولذلك نجده قد أوجد تطبيقات تشريعية خاصة ومتناثرة فـى ثنايا التقنين المدنى لنظرية الظروف الطارئة وأورد لها أحكامـا خاصة بها لا شك أنها هى التى تطبق ويستبعد نص المادة (٢/١٤٧) ، اعمالا لقاعدة الخاص يقيد العام .

ولعل أبرز تلك التطبيقات وأهمها ما ورد بالمادة (٦٠٨)مدنى بشأن انهاء الايجار لعذر طارىء .

وكذلك ما ورد بالمادة (٦٥٨) مدنى والتى تعالج انهيـار التوازن الاقتصادي في عقد المقاولة .

وأخيرا أصدر المشرع القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ الخـاص بمعالجة الوضع الناجم عن استيلاء الحكومة على الأراضى الزائدة عـن الحد الأقصى للملكيـة الزراعيـة .

ونتولى الكلام عن كل نقطة من هذه النقاط تباعا فى بنود ثلاثة :

البند الأول : انهاء عقد الايجار للعذر الطارئ .

البند الثانى : معالجة انهيار التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة .

البند الثالث : معالجة الوضع الناجم عن استيلاء الحكومة على القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية الزراعية .

-٠-

البند الأول

انهاء عقد الايجار للعذر الطارىء

تنص المادة (٦٠٨) من القانون المدنى على الآتى : " ١- ان كان الايجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب انهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقا على ان يراعى من يطلب انهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة بالمادة (٥٦٣) وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضا عادلا .

٢- فاذا كان المؤجر هو الذي يطلب انهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كافي " .

وهذا النص يجيز انهاء الاجارة بشروط معينة لطروء عذر سواء في جانب المؤجر أو المستأجر .

وجزاء فسخ الايجار بالعذر مأخوذ من الشريعة الاسلامية كما أوضحت ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بقولها : " وضعت هذه المادة مبدأ خطيرا هو فسخ الايجار بالعذر وهو مبدأ مأخوذ من الشريعة الاسلامية وهو فى الوقت ذاته تطبيق هام لمبدأ

الحوادث غير المتوقعة [٩٢٠] .

أما صياغة هذا النص فقد اقتبست من تقنين الالتزامات السويسري خاصة المادتين ٢٦٩ ، ٢٩٦ [٩٢١] .

ويتطلب تطبيق الحكم الوارد فى المادة (٦٠٨) توافر شروط معينة وهى :

١- أن يكون عقد الايجار محدد المدة [٩٢٢] :

وهذا أمر بديهى لأن الايجار غير محدد المدة يجوز لأي من الطرفين انهاؤه بعد مراعاة المواعيد القانونية عند التنبيه بالاخلاء ولا حاجة الى تلمس هذا الانهاء في عذر طارئ مثلا .

أما العقد محدد المدة فكل طرف فيه ملزم باحترام تلك المدة فاذا أصاب أحدهما ارهاق فان المشرع قد جنبه ذلك باجازة طلب انهاء العقد .

بعد تحقق هذا الشرط يستوي أن يرد الايجار على عقار أو منقول .

٢- أن تطرأ أثناء سريان العقد ظروف خطيرة [٩٢٣] :

---

(٩٢٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ٤ ص ٥٩٨ .

(٩٢١) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٥٧ هامش (٢) حيث أشار لذلك .

(٩٢٢) المرجع السابق ص ٨٦٠ وما بعدها ، د. عبد الناصر العطار - شرح أحكام الايجار طبعة ١٩٧٠ ص ٥٧٠ .

(٩٢٣) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦١ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧١ .

ولا يشترط كون هذه الظروف عامة بل يكفى أن تكون عذرا شخصيا ألم بأحد أطراف العقد دون غيره من الناس .

وقد يقوم العذر بالمستأجر كأن يكون محاميا أستأجر مكتبا ثم اضطر الى ترك مهنته لسبب لا يد له فيه .

وقد يقوم العذر بالمؤجر كما اذا تعهد باقامة بناء يكمل العين المؤجرة ثم جدت ظروف غير متوقعة تجعل القيام بالبناء مرهقا له (٩٢٤) .

وعلى العكس من ذلك لو أن الظروف التى طرأت افتقرت الى صفة الخطورة فلا يمكن انهاء الاجارة اذ لا يعد ما حدث بمثابة عذر وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض تطبيق نظرية العذر الطارىء فى ايجار مطحن اشترط فيه أن تكون الأجرة اثنا عشر قرشا عن طحن كل أردب . ثم رفعت وزارة التموين أجرة طحن الأردب الى ثمانى عشر قرشا ولما أراد المؤجر فسخ العقد للعذر الزمته المحكمة بالتزام ما جاء فى العقد وبأن يتقاضى عن طحن كل أردب اثنا عشر قرشا فقط (٩٢٥).

---

(٩٢٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٤ ص ٥٩٩ .

(٩٢٥) نقض مدنى ١٩٥٧/١/٢٤ - مشار اليه ده السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦٢ هامش (٢) .

٣- أن تكون هذه الظروف الخطيرة غير متوقعة [٩٢٦].

وهذا الشرط ترديد لما ورد فى الشروط العامة لنظرية الظروف الطارئة .

فاذا توقع المستأجر منذ ابرام العقد ترك مهنة الطب أو المحاماة فلا يعد ذلك عذرا طارئا .

ويتفرع على ذلك أن غير المتوقع لا يستطاع دفعه اذ لو كان ممكنا دفع الحادث الطارىء لامتنع تطبيق حكم المادة (٦٠٨) حتى ولو كان غير متوقع .

وتقدير ما اذا كان الحادث يستطاع دفعه من عدمه يرجع الى قاضى الموضوع .

وعلى ذلك فمن استأجر منزلا للتصييف ثم مرض أو الغيت اجازته جاز له أن يعتبر هذا الحادث مما لا يستطاع دفعه وبالتالى يعد بمثابة عذر يجيز انهاء الايجار .

وعلى العكس لايعد عذرا طارئا اذا مات عزيز لديه فامتنع عن التصييف وكذلك ترك الطبيب لعيادته كى يحصل على بدل العيادة

---

(٩٢٦) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦٢ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧١ ، د. سليمان مرقس - عقد الايجار طبعة ١٩٥١ ص ٥٣٩ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى قانون ايجار الاماكن طبعة ١٩٥٢ ص ٥١٩ ، د. منصور مصطفى منصور قانون ايجار الاماكن طبعة ١٩٥٦ ص ٦١٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة - قانون ايجار الأماكن طبعة ١٩٥٧ ص ٣١٨ - ٣١٩ .

أو ترك المحامى لمكتبه بمناسبة توليه وظيفة معينة .

٤- أن تجعل هذه الظروف تنفيذ الايجار مرهقا (٩٢٧).

ولا يخرج مفهوم الارهاق هنا عن مفهومه العام أي الذي يهدد بوقوع خسارة فادحة لو ان المستأجر أو المؤجر استمر فى تنفيذ العقد .

فاذا احتاجت العين المؤجرة الى ترميمات ضرورية ذات نفقات فادحة جاز للمؤجر أن يطلب انهاء الاجارة للعذر الطارىء .

وقاضى الموضوع هو الذي يقرر ما اذا كان هناك ارهاق يجيز انهاء الاجارة من عدمه .

أثر توافر الشروط السابقة (٩٢٨) :

يترتب على توافر الشروط السابقة جواز طلب انهاء الايجار قبل مدته المحددة لمن وقع العذر الطارىء فى جانبه على ان المشرع قد أعطى الطرف الآخر ضمانتين اساسيتين وهما :

١- يجب التنبيه عليه بالاخلاء فى المواعيد القانونية .

٢- تقاضى تعويض عادل فاذا كان العذر الطارىء فى جانب المؤجر فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض

---

(٩٢٧) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦٣ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق ص ٥١٨ ، د. منصور مصطفى منصور- المرجع السابق ص ٦١٧ .

(٩٢٨) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٦٥ ومابعدها، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧١ - ٥٧٣ .

أو يحصل على تأمين كافى .

أما اذا كان العذر قائما فى جانب المستأجر كان للمؤجر امتياز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة لاستيفاء التعويض وله كذلك حق حبسها والحجز التحفظى عليها .

بعد استعراض حكم انهاء الاجارة للعذر نستطيع القول بأن هذا الحكم يعد تطبيقا تشريعيا للنظرية العامة للظروف الطارئة يجب تطبيقه بصدد عقد الايجار مقدما على النص العام الوارد بالمادة (٢/١٤٧) طبقا لقاعدة الخاص يقيد العام (٩٢٩) .

الا أن ذلك لا يعنى التطابق التام بين نص المادة (٦٠٨) وما ورد بالمادة (٢/١٤٧) والا انتفت الحكمة من افراد نص خاص يحكم انهاء الاجارة بالعذر فلا شك أن هناك اختلاف بينهما يكمن فى مظهرين : أما الأول فاذا كنا قد اشترطنا ضمن أوصاف الظرف الطارىء العمومية فان العذر يكفى لتطبيق احكامه ان يكون فرديا سواء نال من المؤجر أو المستأجر . فترك المهنة على ما رأينا يعد عذرا يجيز انهاء الاجارة .

والمظهر الثانى يتبلور فى أن مهمة القاضى أزاء الظرف الطارىء تقف عند حدود رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول أما بصدد العذر فانه يتجاوز ذلك الى حد الفسخ .

---

(٩٢٩) د. السنهوري — المرجع السابق ص ٨٥٧ ، د. سليمان مرقس — المرجع السابق ص ٥٣٠ ، د. عبد المنعم الصدة — المرجع السابق ص ٣١٧ .

ولنا أن نتساءل عن أثر هذا الاختلاف بين النصين :

يمكن القول بأن ما ورد في نص المادة (٦٠٨) لا يشكل خطرا على الحكم العام للنظرية الوارد بالمادة (٢/١٤٧) وذلك للآتى :

١- أن شرط العمومية مختلف عليه وقد سبق لنا اقتراح استبعاده خاصة أن المشروع التمهيدي جاء خلوا منه فضلا عن رفض كل من المشرع البولندي والايطالى الأخذ به ولما اضافته لجنة المراجعة كان ذلك من باب التضييق من نطاق النظرية فاذا جاء المشرع وأغفله وهو بصدد المادة (٦٠٨) فلا يكون ذلك الا من باب الرجوع الى الأصل .

٢- وقوف سلطة القاضى عند حد رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول دون اباحة الفسخ وهو بصدد تطبيق نص المادة (٢/١٤٧) هو أمر لم يأخذ به كل من التقنين البولونى والايطالى واللذين اجازا الفسخ بمعنى أن مسألة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ليست من مستلزمات نظرية الحوادث الطارئة [(٩٣٠)].

وتجدر الاشارة أخيرا الى أن المشرع قد أورد تطبيقات أخرى لنظرية الظروف الطارئة منها جواز انهاء الايجار لموت المستأجر (م ٦٠١ ، ٦٠٢ مدنى) وبسبب اعساره (م ٦٠٣ مدنى) وبسبب تغيير الموظف أو المستخدم لمحل اقامته (م ٦٠٩ مدنى) [(٩٣١)].

---

(٩٣٠) د. السنهوري - المرجع السابق ص ٨٥٨ .

(٩٣١) المرجع السابق ص ٨٦٨ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٥٧٢ .

البند الثاني

معالجة انهيار التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة

تنص المادة ٦٥٨ على الآتى : " ٣- وليس للمقاول اذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند الى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا " .

٤- على أنه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد .

وهذا النص يعد بلا شك تطبيقا خاصا لنظرية الظروف الطارئة وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ما يأتى :" والفقرة الرابعة هى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة ..... والمعيار الذي يقرره النص- اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات اختلالا تاما بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد - هو من الدقة بحيث يحد من تدخل القاضى وفى الوقت نفسه من المرونة بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة (٩٣٢)" .

---

(٩٣٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٥ ص ٤٢ .

ولما كان هذا النص تطبيقا من تطبيقات نص المادة ٢/١٤٧ فان شروط الاحتكام لنص المادة ٦٥٨ هى ذاتها شروط الاحتكام للنظرية العامة للظروف الطارئة (٩٣٣)" .

وعلى ذلك يمكن القول بوجوب أن تكون بصدد عقد بين المقاول ورب العمل ويراعى في طبيعة العقد الضوابط التى سبق لنا تناولها ونحن بصدد الحديث عن نطاق النظرية العامة للظروف الطارئة . وأن تجد ظروف طارئة فى الفترة ما بين ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه وتتمثل هذه الظروف في حوادث استثنائية كحرب يترتب عليها ارتفاع اسعار المواد الاولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل مثل زيادة أجور نقل المواد الاولية مع زيادة سعر التأمين أو الضريبة على استيراد المواد الاولية من الخارج .

ولكن يشترط في هذه الحوادث أن تكون عامة وليست خاصة بالمدين المقاول وحده يضاف لذلك ألا تكون هذه الحوادث متوقعة ولا يستطاع دفعها وأخيرا أن تؤدي هذه الحوادث الى ارهاق في التنفيذ ويتمثل هذا الارهاق في انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول . فالخسارة المألوفة في التعامل أمر طبيعى متوقع ولا جديد في ذلك أما اذا وصل الأمر

---

(٩٣٣) لمزيد من التفاصيل هن عقد المقاولة أنظر : د. السنهوري العقود الواردة على العمل - عقد المقاولة ص ١٨١ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب - شرح أحكام عقد المقاولة طبعة ١٩٦٢ ص ١٦٩ وما بعدها ،نقض مدنى ١٩٧٠/١١/٢٤ - مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ق رقم ١٨٧ ص ١١٤٨ .

بالخسارة أن توصف بأنها فادحة فذلك أمر يأباه المشرع ويعمل على علاجه وفق ما سنرى .

ولكن يجب مراعاة ما سبق لنا ترديده ابان تناولنا لنطاق النظرية العامة وهو أن الارهاق يوزن بالنظر الى الصفقه التى أبرمت في شأنها المقاولة بمعنى أنه لو كانت خسارته فادحة في هذه الصفقة فانه يستفيد من الحكم الوارد فى المادة ٤/٦٥٨ حتى لو كان من الموسرين الذين تغطى شروتهم تلك الخسارة وزيادة وكذلك الحال لو كان قد حقق ربحا وفيرا من صفقة أخرى .

يضاف لذلك أنه ليس من موانع الاحتكام الى نص المادة ٤/٦٥٨ أن يكون المقاول قد قام بتخزين كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يكون السبب في ذلك توقعه لما حدث بل جرت عادته على ذلك .

وأخيرا نشير الى أن الأرهاق ينظر اليه بمعيار موضوعي قوامه المقاول المعتاد في مثل ظروف المدين .

أثر انهيار التوازن الاقتصادي :

يترتب على انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول أن القاضى بالخيار ما بين أحد حلين هما :

١- **فسخ العقد :**

وهنا يظهر الفارق الهام بين التطبيق والنظرية العامة فعند

الاحتكام للاخيرة لا مجال للفسخ بل كل ما يملكه القاضى هـو رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وحسب .

أما فى التطبيق فان للقاضى أن يقضى بفسخ العقد وهو لا يلجأ لذلك الا عند توافر المبرر له كما لو ثبت لدى القاضى أن زيادة أجر المقاول لا يغنى وسيظل التزامه مرهقا فضلا عن ارهـاق رب العمل لتحميله بزيادة الأجر .

٢- زيـادة الأجـر :

ويجب على القاضى عند زيادة الأجر أن يراعى ألا يزيده حتى يثقل كاهل رب العمل وفى نفس الوقت لا يتحمل المقاول أي اعباء بل عليه أن يراعى ما سبق لنا تناوله ازاء الحديث عن معالجة أثر الظرف الطارئ وهو أن يبدأ بتحميل المقاول الخسارة المألوفه وما زاد عن ذلك يقسمه بين المقاول ورب العمل مناصفة .

ويلاحظ أخيرا أن التطبيق الخاص الوارد بالمادة ٦٥٨ خاص بالمقاولة التى يكون فيها الأجر مقدرا بمبلغ اجمالى أما المقاولة التى يحدد فيها الأجر بالمقايسة على أساس الوحدة فانه لم يرد بشأنها نص خاص ولذلك يطبق عليها حكم النظرية العامة الوارد بالمادة ٢/١٤٧ مدنى (٩٣٤).

-٠-

(٩٣٤) د. السنهوري - المرجع السابق ص ١٨٦ هامش (٣) .

البند الثالث

معالجة الوضع الناجم عن استيلاء الحكومة على الزائد عن الحد الأقصى للملكية

صدر القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ ونص في مادته الوحيدة بأنه : " اذا كان سند المستولى لديه عقد بيع ثابت التاريخ قبل يوليه سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعين للوفاء بالثمن كله أو بعضه يحل أصلا بعد هذا التاريخ تحمل كل من البائع والمشتري نصف الفرق بين ثمن المستولى عليه من الأرض المبيعة والتعويض المستحق له على ألا يجاوز ما يتحمله البائع الباقى من الثمن كله دون اخلال بحقوق الطرفين طبقا لأحكام القانون المدنى بالنسبة لباقى الصفقة (٩٣٥) .

ويواجه هذا القانون حالة الشخص الذي اشترى أرضا زراعية قبل ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ وكانت بعض أقساط الثمن مؤجلة لما بعد ١٩٥٢/٧/٢٣ فضلا عن أن الثمن كان مرتفعا ارتفاعا لا يجبره ما يحصل عليه من الحكومة من تعويض مقابل الاستيلاء على هذه الأرض مما ينتج عنه اصابة هذا المشتري بارهاق كبير .

ولا شك أن هذا القانون يعد تطبيقا خاصا لنظرية الظروف الطارئة شأنه في ذلك شأن التطبيقات السابقة التى تعالج خصوصية

---

(٩٣٥) نشر بجريدة الوقائع المصرية العدد (٧٥) مكرر فى ١٩٥٣/٩/١٧ .

معينة لا يناسبها تطبيق أحكام النظرية العامة للظروف الطارئة عليها .

ومن نص القانون السابق يتبين لنا أن لتطبيق أحكام القانون شروطا ترتب آثارا الا أنه قد يحول دون ترتب هذه الآثار مانع معين ولنتناول تلك النقاط تباعا .

شروط تطبيق القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ :

١- أن يبرم عقد بيع لأرض زراعية ويكون هذا العقد ثابت التاريخ قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ ومقتضى هذا الشرط أن المشرع يريد بذلك قطع التحايل لمنع تطبيق القانون بالنسبة للأفراد الذين يصطنعون عقودا وينسبون تاريخ نشوئها الى ما قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ فاشترط ثبوت التاريخ فضلا عن اشتراط كون تاريخ العقد سابقا على ١٩٥٢/٧/٢٣ ابرازا لشرط عدم التوقع للظرف الطارئ ويكفي في هذه الحالة أن يبرم العقد ولو قبل ٢٣ يوليو بيوم واحد .

٢- أن يؤجل ثمن البيع كله أو جزء منه الى ما بعد ١٩٥٢/٧/٢٣م وقد ارتأى المشرع أن مثل هذا المشتري سيصاب بارهاق فادح نتيجة الاستيلاء على الأرض المشتراه مع الزامه بأداء الثمن المتفق عليه برغم ان قيمة الارض قد انخفضت فأراد أن يخفف عن كاهله هذا الأرهاق .

المانـع من تطبيـق القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ :

لا شك أن المشرع قصد من أحكام هذا القانون حماية المشتـري من الارهاق ورفعه عن كاهله لأن ما حدث لا دخل لإرادته فيه فضلا عن كونه غير متوقع ٠

الا أن المشرع يريد من المتعاقد أن يكون حريصا علـى اداء التزامه في موعده المحدد حتى يكون جديرا بالحماية التي يضفيها عليه ٠ ولذلك يحرم من الاستفادة من هذا القانون المدين الـذي أهمل في اداء التزامه المستحق قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ حتى تراخـى تنفيذه الى ما بعد هذا التاريخ وقد أكدت المذكرة الايضاحية لهذا القانون على ذلك بقولها أنه : " لما كان المشرع يهدف الـى حماية المشتري الذي قصرت موارده عن الوفاء بدفع الثمن نتيجـة لأسباب لا دخل له فيها لذا جاء النص بحيث لاينتفع بأحكامـه المشتري الذي استحق عليه باقى الثمن استحقاقا عاديا قبـل ٢٣ يوليو ١٩٥٢[(٩٣٦)] ٠

الآثار المترتبة على تطبيق القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ :

اذا توافرت شروط تطبيق هذا القانون وانتفت موانعـه فان المشرع قد رتب على ذلك آثارا بطريقة تحكمية لا مجال فيها

---

(٩٣٦) د٠ سمير تناغو – شرح قانون الاصلاح الزراعى – المرجـع السابق ص ١٩٩ حيث أشار سيادته للمذكرة الايضاحية ٠

لسلطة القاضى التقديرية وهذه الآثار هى[٩٣٧] :

١- تخفيض الثمن بالنسبة للمشتري بقدر نصف الفرق بين هذا الثمن وبين التعويض الذي ستدفعه الحكومة .

ومعنى ذلك أنه لو كان ثمن الأرض ٨٠٠ ج وتعويض الحكومة ٣٠٠ج فيكون الفرق هو ٥٠٠ ج وتلك هى الخسارة التى يتحملها المشتري ولا شك أنها فادحة مرهقة ولذلك يرفع عن كاهله نصف هذا الفرق أي ٢٥٠ج .

٢- ألا يزيد القدر الذي يعفى منه المستأجر عن القدر الباقى فى ذمته من كل ثمن البيع والعلة من ذلك واضحة اذ أن تطبيق أحكام النظرية العامة للظروف الطارئة يكون على ما لم يؤدي من الأقساط فقط أما ما تم أداؤه فلا يلتفت اليه لأن المدين يكون قد أداه فى سعة من حاله .

وتمشيا مع هذه العلة وتطبيقا للفرض الذي سقناه فى بند (١) فانه لو كان المستحق فى ذمة المشتري مائة جنيه فتكون هى الحد الاقصى للاعفاء برغم ان نصف الفرق مائتين وخمسون جنيها لأن الباقى فى ذمته هو الذي يكون محلا للارهاق فحسب .

وتجدر الاشارة الى ان الآثار السابقة تتعلق بالجزء من الأرض الذي يتم الاستيلاء عليها طبقا لقانون الاصلاح الزراعى بمعنى أن ما لم يتم الاستيلاء عليه من أراضى المشتري فلا تطبق

---

(٩٣٧) المرجع السابق ص ٢٠٠ وما بعدها .

بشأنه أحكام القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بل نرتد للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢/١٤٧ مدنى • وهذا ما أكدته صياغة هذا القانون في فقرتها الأخيرة بقولها : " دون اخلال بحقوق الطرفين طبقا لأحكام القانون المدنى بالنسبة الى باقى الصفقة " •

وما قضت به محكمة النقض بقولها : " اقتصر القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ على تنظيم العلاقة بين البائع والمشتري على وجه معين عن طريق تحديد ما يجب أداوه من ثمن الأطيان التى خضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير بشأنها ••• أما ما لم يخضع لهذا الاستيلاء من الصفقة المبيعة فان المشرع ترك تنظيم علاقة الطرفين بشأنه لأحكام القانون المدنى ومن بينها حكم الظروف الطارئة الواردة فى المادة ٢/١٤٧ مدنى(٩٣٨) • ولكى يستفيد المشتري في هذه الحالة من حكم المادة ٢/١٤٧ يشترط ألا يكون البائع قد أعذره قبل ١٩٥٢/٧/٢٣م • وفى هذه الحالة ترتد للقاضى سلطته التقديرية فى رفع الارهاق عن كاهل المشتري •

—•—

(٩٣٨) نقض مدنى ١٩٦٤/٤/٣٠ — م نقض م — ١٥ — ٥٩٣ — محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٨ •

المبحث الثانــــي

معالجة أثر الظرف الطارىء فى الشريعة الاسلاميـــة

اذا وقع الظرف الطارىء بالضوابط والأوصاف التى أسلفناهـــــا فانه يخلف أثرا يتمثل في الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين سواء كان المستأجر في عقد الايجار أو المشتري فى بيع الثمار أو المدين فى حالة تقلب قيمة النقود .

ولا شك أن الضرر - وقد سبق لنا تناوله - أمر لم يلتزمـــه المتعاقد بمقتضى العقد ولذا كان الواجب رفع هذا الضرر عن كاهلــه على وفق ما سنرى بعد قليــل .

ولكن يثور التساؤل قبل أن نبدأ تلك المعالجة ألا وهـــو : هل يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد حكم الطوارىء؟ وبعبارة أخرى هل يجوز للمؤجر أو البائع أن يشترط على المستأجـــــر أو المشتري عدم الاحتكام الى نظرية الظروف الطارئة وذلك بفســـخ الاجارة أو الحط من الثمن أو الصلح على الأوسط ؟ .

الاجابة على ذلك فى نظري بالايجاب فى حالتى بيع الثمـــار أو تقلب قيمة النقود فيجوز اشتراط استبعاد نظرية الظروف الطارئـــة وان كان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الوضعى على تفصيل رأيناه فى موضعه لوجود النص الآمر ٢/١٤٧ مدنى .

أما فى الفقه الاسلامى فغالب مسائل المعاملات تنظمها نصوص تكمل ارادة الطرفين اذلهما أولا وآخيرا ترتيب مصالحهما على وفق ما يرى كل منهما في اطار المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية وهى التى تنهى عن الغش والغدر فى المعاملات .

فيجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا يضع الجائحة ويتوقف الأمر على موافقة الأخير وكذلك يجوز للدائن أن يشترط على المدين ألا يطلب الصلح على الأوسط حال تقلب قيمة النقود .

ويعد هذا الاتفاق بمثابة الشرط الذي يجب الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم " الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما (٩٣٩)" .

وفى هذا المعنى يقول ابن تيميه أن الشرط الصحيح هو الذي يشهد بصحته الكتاب والسنة (٩٤٠) .

يضاف لذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه " . فلو أن مشتري الثمار لم يطلب الحط من الثمن وطابت نفسه على تحمل الخسارة فلا تثريب عليه .

---

(٩٣٩) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي عن عمرو بن عوف قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ـ أنظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٣٧٨ .

(٩٤٠) الفتاوى لابن تيميه جـ ٣ ص ٣٣٣ ومشار فيه أيضا للحديثين.

أما بالنسبة لعقد الايجار فالأمر يختلف في نقطة معينة .
فقد رأينا أن العذر قد يكون شرعيا أو غير ذلك .

والعذر الشرعى هو الذي يأتى من جهة الأحكام الشرعية ولذلك
سنرى أن العقد فى حالة العذر الشرعى ينفسخ من تلقاء نفسه
لأن الابقاء عليه رغم وجود العذر يرتب الحرمة لأن الحق فيه ليس
متعلقا بمصلحة خاصة وانما يتعلق بالله تعالى ولذلك لا يجوز
الاتفاق على استبعاد حكم الظروف الطارئة في هذه الحالة وهو ما
يشبه فى القانون الوضعى المسألة التى تتعلق بالنظام العام ومثالها:
من استؤجرت لكنس مسجد ثم حاضت وكمن يستأجر طبيبا لقلع السن
الوجعة ويسكن الألم .

أما اذا لم يكن العذر من جهة الشرع فلا تثريب على هذا
الاتفاق باستبعاد حكم الظروف الطارئة .

بعد ذلك نعالج أثر الظروف الطارئة فى ثلاثة مطالب على النحو
التالى :

- المطلب الأول : وضع الجائحة .
- المطلب الثانى : فسخ الاجارة بالعذر .
- المطلب الثالث : الصلح على الأوسط .

-•-

المطلب الأول
وضع الجائحة

رأينا أن الاعتراف بالجائحة كظرف طارئ لم تصادف قبولا من كل المذاهب الفقهية كما حدث بالنسبة للعذر والذي رأينا كافة المذاهب تأخذ به فى عقد الايجار بين موسع ومضيق .

الا أن الوضع ليس كذلك بالنسبة لوضع الجوائح والتى رفضت صراحة من قبل مذهب الأحناف والشافعية باستثناء مذهب الشافعى القديم والذي أقر وضع الجوائح ولكن ليس بالقدر الذي نستطيع معه القول بأن الشافعية قد بنوا نظرية في هذا المجال .

والأمر عكس ذلك تماما لدى فقهاء الحنابلة والمالكية : فالحنابلة قد أقروا على ما رأينا وضع الجوائح من خلال نظرية قيمة حلت العديد من المشاكل العملية في بيع الثمار والزروع على ما سنرى .

أما بالنسبة للمالكية فلئن كان الفقه الاسلامى يدين للأحناف بوضعهم نظرية للفسخ بسبب العذر لم تدانيها حتى الآن نظرية وضعية اذا وضعنا فى الاعتبار الوقت الذي أنشأ فيه الأحناف تلك النظرية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التى كانت مصاحبة لذلك الزمان وبساطتها وعدم تعقدها على ما هو عليه الوضع الآن .

اذا كان الأمر كذلك فان فقهاء المذهب المالكى قد وضعوا في المقابل نظرية لوضع الجوائح لم تترك صغيرة ولا كبيرة من مظاهر المعاملات وقت وضع تلك النظرية الا أحصتها ووضعت لها الحلول المناسبة لما عساه يطرأ من مشاكل ولم تقف تلك النظرية عند حد بيع الثمار بل تناولت كل أنواع النبت فى ذلك الزمان على ما سنرى .

وعلى ذلك سنعالج وضع الجائحة من خلال تناولنا لموقف المذاهب الأربعة فى هذا الشأن على النحو التالى :

الفرع الأول : موقف الحنابلة من وضع الجائحة .

الفرع الثانى : موقف المالكية من وضع الجائحة .

الفرع الثالث : موقف الأحناف من وضع الجائحة .

الفرع الرابع : موقف الشافعية من وضع الجائحة .

-٠-

الفـرع الأول

موقـف الحنـابلـة مـــن وضـع الجائحــة

المبدأ العام لدى فقهاء المذهب الحنبلي هو وضع الجائحة بانقاص الثمن على قدر تلف الثمار المجاحة ، وسند الحنابلة فى ذلك أن بيع الثمار قائمة على الأشجار وان خلى البائع بينهما وبين المشتري فلا تعد تلك التخلية قبضا كاملا ، فحكم الهلاك بالجائحة فى هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع (٩٤١) .

ولقد بنى الحنابلة نظريتهم فى وضع الجوائح على أسانيد من الأحاديث النبوية الشريفة .

ففى الصحيحين عن أنس بن مالك : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، وقيل لأنس : وما تزهو ؟ قال : حتى تحمر وتصفر وفى العنب أن يتموه حلوا (٩٤٢) " .

كذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم " عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها نهى البائع والمبتاع (٩٤٣) " .

وفى حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم " أمر بوضع الجوائح " فى قوله صلى الله عليه وسلم " لو بعت من أخيك ثمرا

(٩٤١) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٦ .
(٩٤٢) فتح الباري جـ ٤ ص ٣٩٨ .
(٩٤٣) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ١٧٨ .

فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق(٩٤٤) .

وظاهر من تلك الأحاديث أنه لا يجوز بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وذلك منعا للتنازع بين المتبايعين فان تم ذلك وأصابتها جائحة فيجب الانقاص من الثمن مقابل التلف والا عد ذلك من باب أكل أموال الناس بالباطل .

أما لو باع الشخص الثمرة قبل بدو صلاحها ولكن بشرط القطع ثم تلفت بجائحة فنفرق بين ما اذا كان قد تمكن المشتري من قطعها قبل القطف ولم يفعل ففى هذه الحالة يكون قد أبقى الثمرة باهمال منه حتى تلفت فتكون تبعة الهلاك عليه .

أما الحالة الثانية وفيها لا يتمكن من قطع الثمرة التى أجيحت فتكون تبعة الجائحة على البائع (٩٤٥) .

وعلى ذلك لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وكذلك لا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه لحديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة (٩٤٦)" .

ويستثنى من ذلك اذا بيع الثمر أو الزرع مع الأرض ففى هذه الحالة تدخل الثمار والزروع تبعا لهذه الأرض .

---

(٩٤٤) صحيح مسلم جـ ١٠ – ص٢١٦ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٤٨ ، فتح الباري جـ ٤ ص ٣٩٨ – ٣٩٩ .
(٩٤٥) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٧ .
(٩٤٦) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ١٧٩ .

وبالنسبة للقثاء والخيار والباذنجان ونحوهم فلاتباع الا لقطة لأن الزائد عن اللقطة لم يخلق فلا يجوز بيعه[(٩٤٧)] .

مظاهر بدو الصلاح :

اذا كان بدو الصلاح هو المفرق بين من يتحمل تبعة الجائحة ومن لا يتحملها فان له مظاهر ثبتت بالعرف ويجب وضعها في الاعتبار عند معالجة أثر الجائحة .

وهذه المظاهر تختلف من نوع لآخر من أنواع المزروعات وذلك على النحو التالى[(٩٤٨)] :

١- فى ثمر النخل أن تحمر أو تصفر .

٢- فى العنب أن يتموه حلوا أو يسود .

٣- في الخيار والقثاء واليقطين أن يبدو فيه النضج ويؤكل عادة .

٤- في التفاح والبطيخ أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله .

٥- فى الحب أن يشتد ويبيض .

ويمكن القول مما سبق أنه يجوز بيع الثمر والزرع بعد بدو الصلاح مطلقا ولا يجوز البيع قبل بدو الصلاح مطلقا الا بشرط القطع فى الحال أو تباع الثمرة مع أرضها أو مع أصلها .

فلو تلفت الثمرة المبيعة بجائحة ولو بعد التخلية كانت من ضمان البائع لأن التخلية ليست بقبض .

(٩٤٧) كشاف القناع على متن الاقناع جـ ٣ ص ٢٣٠ ومابعدها .
(٩٤٨) كشاف القناع ـ المرجع السابق .

ويثور التساؤل كيف يمكن الحكم على ثمار البستان بأنها صارت صالحة ؟ .

أجاب فقهاء الحنابلة على ذلك ولكن تجدر الاشارة الى أن مظاهر بدو الصلاح السالف بيانها تكفى للحكم بصلاحية ثمار البستان اذا كان هذا الصلاح بدرجة واحدة فى ثمار البستان .

فاذا لم تكن كذلك فقد رأى فقهاء الحنابلة أن صلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لها ولسائر النوع فى البستان . والقول بغير ذلك فيه مشقة على البائع اذا اشترطنا تمام الصلاح لجميع الثمر أو الزرع ولأن ما يجري على البعض من الثمار يجري على الكل فى الغالب لاتحاد الظروف المحيطة بالثمار(٩٤٩) .

وما قيل بالنسبة لبيع الثمار والزرع يقال كذلك بالنسبة لبيع الرطبة والبقول فلا تباع قبل بدو صلاحها ويستثنى من ذلك الحالات الثلاث السابقة وهى البيع مع الأصل أو مع الأرض أو بشرط القطع فى الحال(٩٥٠).

وأخيرا يثور التساؤل عن حكم ما اذا تعيبت الثمرة ولم تتلف ؟ هل تأخذ فى هذه الحالة حكم الثمرة التالفة وتوضع الجائحة أم لا ؟ .

فى هذه الحالة لا تطبق أحكام الجوائح ولكن يخير المشتري بين

(٩٤٩) الروض المربع بشرح زاد المستقنع طبعة ثالثة سنة ١٣٥٢هـ ، كشاف القناع - المرجع السابق نفس الموضع .
(٩٥٠) الانصاف للمرداوي - المرجع السابق .

المضى فى موجب العقد وبين الفسخ . فان أمضى العقد كان له أرش العيب وان تمسك بالفسخ رد له البائع الثمن كاملا(951) .

بعد استعراض موقف المذهب الحنبلى ازاء نظرية الجوائح بقى لنا أن نبين محل الجائحة ثم كيف توضح الجائحة .

أولا : محل الجائحة :

بداية لا يعتد فقهاء الحنابلة بوضع الجائحة الا اذا كانت أمرا سماويا لا صنع لآدمى فيها كالريح والمطر والبرد والجليد والصاعقة والحر والعطش والجراد(952) .

وقد اتفق فقهاء الحنابلة على وضع الجوائح فى الثمار . أما بالنسبة للزروع ففيه قولان :

الأول (953) :

ويذهب الى وضع الجائحة فى الزرع قياسا على الثمار لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد ولا شك أن الفترة الزمنية بين اشتداد الحب وبين أوان حصاده تكون متسعا لاحتمال حدوث الجائحة .

---

(٩٥١) كشاف القناع – المرجع السابق – نفس الموضع .
(٩٥٢) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٦ .
(٩٥٣) الانصاف للمرداوي – المرجع السابق .

الثانـــى(٩٥٤)

ويذهب الى انكار وضع الجائحة فى الزرع اذ الفرض أنـــــه لا يباع الا بعد تكامل صلاحه وأوان جذاذه خلافا للثمار لحديـــث ابن عمر من أن النبى صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيع السنبـــل حتى يبيض ويأمن العاهـة " .

ثانيا : القدر الذي توضع فيـه الجائحـة :

قبل أن نتناول تحديد المقدار الذي توضع فيه الجائحة نبـدي الملاحظات الآتيـة :

١- ان أتلف الثمر آدمى ولو كان البائع أو أتلفه اللصوص فـــلا توضع الجائحة اذ كما سبق لنا أن أوضحنا فان الحنابلـــة لا يعتدون الا بكون الجائحة أمرا سماويا . والحل يكون فـــى هذه الحالة أن يخير المشتري بين أمرين :

أ) أن يمضى فى موجب العقد مع مطالبة المتلف بالأرش عمـــا أتلفـــه .

ب) أن يطلب فسخ العقد وفى هذه الحالة يسترد من البائـــع ما دفعه من الثمن(٩٥٥) .

٢- جرى عرف المتعاملين على أن هناك قدر من التلف يتسامح فيه ولا يطالب بالحط من الثمن مقابله كالساقط تلقائيا من الأشجار

---

(٩٥٤) كشاف القناع - المرجع السابق - نفس الموضع .

(٩٥٥) الروض المربع بشرح زاد المستقنع - المرجع السابق ، كشاف القناع - المرجع السابق ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٦، الانصاف للمرداوي - المرجع السابق .

اما لضعف الثمرة ذاتها فتسقط أو بفعل الهواء وكذلك ماتأكل الطير وتنثره الريح من الحبوب ونحو ذلك فكل هذه الأمور يجب أن توضع فى الاعتبار عند الحط من الثمن على ضوء العرف الساري في المنطقة .

وكما يقول ابن قدامة في مغنيه : " وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر فى العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل فى الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط(٩٥٦) " .

٣- أن المشتري لو كان هو الذي أتلف الثمار بفعله فيكون اتلافه بمنزلة قبضه قبضا تاما لتلك الثمار فليس له الحق فى المطالبة بالحط من الثمن مقابل ما تلف وعليه كل الثمن(٩٥٧).

٤- يكون الوضع من الثمن بقدر ما تلف من الثمار المبيعة(٩٥٨).

ويجب التنبه من نقطة هامة وهى أن التالف كله لا يدخل فى حساب الحط من الثمن فيجب أن نخرج من هذا التالف المقدار الذي جرت العادة - كما أشرنا - على التسامح فيه . وبعد هذا القدر نحسب مقدار التالف بالمقابلة لجملة الثمن ثم نجري عملية الخصم .

بعد ابداء هذه الملاحظات نشير الى أن فقهاء المذهب الحنبلى قد اختلفوا فيما بينهم عن القدر الذي توضع فيه الجائحة اذ يوجد

---

(٩٥٦) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٦ - ٢١٧ .
(٩٥٧) الفتاوى لابن تيمية جـ ٣ ص ٢٦٣ .
(٩٥٨) كشاف القناع - المرجع السابق ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٧ .

رأيان في هذا الصدد نتعرض لهما على النحو التالى(٩٥٩) :

الأول :

وهو لا يفرق بين قليل الجائحة وكثيرها فأي قدر من التلف تسببه الجائحة يخصم من الثمن ما يقابله بعد استنزال ما جرى العرف على التسامح فيه .

يؤيد ذلك ما قاله الامام أحمد " انى لا أقول فى عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدرى ما الثلث ولكن اذا كانت جائحة تتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع " .

ويبين من كلام الامام أحمد أن وضع الجائحة لا يتقيد بمقدار ثابت ومعلوم مسبقا كما فى قوله لا أقول توضع الجائحة عند تلف عشر ثمرات أو عشرين وقوله لا أدري ما الثلث أي أنه لايعلم من أين أتى أصحاب الثلث به وبأي معيار حددوه .

أما ان كانت الجائحة قد أتلفت الثلث أو الربع أو الخمس فهى توضع لا باعتبارها بلغت كسرا حسابيا يعد هو معيار وضعها وانما لأن كل مقدار يبلغه التلف يجب أن يخصم ما يقابله من الثمن بصرف النظر عن قدره فان صادف وكان ثلثا وضع وهكذا .

---

(٩٥٩) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢١٦ – ٢١٧ .

أدلــة هــــذا الـــــرأي :

١- عموم الأحاديث النبوية الشريفة الواردة فى هذا البـــــاب (بـاب الجائحه) حيث أمر رسول اللـه صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح والأمر هنـا مطلق من أي قيد بمـا يعنى أن مـا قـــل عن الثلث داخل فى عبارته فيجب وضعـــه •

٢- أن الثمرة التى أجيحت لم يتم قبضها فما تلف منها من ضمان البـائع فالقـاعدة أن تبعة الهلاك قبل القبض تقع على البائـــع وان كان قليلا والقول بغير ذلك يعد أكلا لأموال النــــــاس بالبـاطل وقد نهينـا عن ذلك •

أما ما يأكله الطير وما يسقط بسبب الرياح فلا يسمى جائحة لأنه معلوم الوجود بحكم العـادة •

الثـانـــى :

وهذا الرأي يشترط حتى توضع الجائحة أن يبلغ مقدار التالـــف ثلث الثمر المبيع بمعنى أن ما دون الثلث يضمنه المشتري ولا توضـع فيه الجائحـة •

يقول ابن قدامة : " •••• على أن هناك رواية أخرى فـــى المذهب تشترط الثلث فى الجائحة فما كان دون الثلث فمن ضمـــــان المشتـــري (٩٦٠) .

---

(٩٦٠) المغنى لابن قدامة ـ المرجع السابق نفس الموضع •

أدلة هذا الرأي :

لقد أوجز ابن قدامة فى مغنيه أدلة هذا الرأي بقوله :
" لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلابد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة والثلث قد اعتبره المشرع في مواضع منها الوصية وعطايا المريض والثلث حده الكثرة وما دونه من القلة بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم فى الوصية : " الثلث والثلث كثير " . فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به (٩٦١)" .

ويبين مما جاء فى المغنى أن أدلة هذا الرأي تنحصر فى حجتين هما :

١- جرت العادة على أنه لا بد أن يأكل الطير من ثمار الحائط أو حب البستان وذلك مما لا يمكن التحرز منه لأنه مصدر رزقه الوحيد يضاف لذلك أن الريح لها تأثير على الثمار والحبوب اذ تسقط الضعيف منها على أن هذا الساقط ومأكول الطير غالبا لا يصل الى ثلث الكمية ولذا يتسامح فيه ولا يحط من الثمن في مقابله .

٢- أن الثلث معيار لآخر حد الكثرة راعاه المشرع فى مواضع كثيره أشهرها حديث الوصية " الثلث والثلث كثير " . فيجب استصحاب غرض المشرع على وضع الجوائح .

---

(٩٦١) المغنى لابن قدامة ـ الموضع السابق .

وان كان لنا تعليق على هذا الرأي فاننا نختلف معه فيما ذهب اليه فلا يعقل أن تأكل الطير وتثير الريح ما يقارب ثلث المحصول الا اذا كان سرب طير غالب أو ريحا عاتية وفى هذه الحالة تخرج الأمور من مألوفها الى شذوذها وبالتالى لا يمكن التسامح فيما شذ عن المألوف •

واذا طبقنا هذا الرأي على علاته هكذا نصل الى تصور خطير يهدد استقرار المعاملات اذ أن المشتري فى هذه الحالة يشتري الثمر ويدفع ثمن المحصول كاملا وفى الحقيقة يدفع ثمنا لثلثيه فقط مما قد ينشىء سعرا جديدا يميل الى التغالى والتشدد اذا ساد المصر موسم هادىء قلت طيوره الهائمة وهدأت ريحه مما يدفع البائعين الى ثمن يفوق المتعارف عليه وحجتهم فى ذلك أن المحصول لم يتأثر بتلك النوازل مما يخشى معه نشوء عرف فى هذه الحالة يجعل اليسير من الأمور عسرا مما قد يحدث اضطرابا في المعاملات يهدد استقرارها فكأننا أردنا بتحديد الثلث منع التنازع بين المتبايعين واحقاق الحق بينهما ثم نفاجأ بنشوء تنازع من نوع خطير وهو ما لم يقصده رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أحاديثه الشريفة التى نظمت بيع الثمار ووضع الجوائح فيها •

—•—

الفـرع الثـانـى

موقف المالكيـة من وضـع الجائحـة

تقوم فكرة الجائحة عند المالكية على أن الثمار تباع وهـى ما زالت ملتصقة بأشجارها فيحدث أن تصاب فى الفترة ما بيـن بيعها وقطافها بجائحة تؤدي الى تلفها أو نقصان قيمتهـا أو كميتها . فاذا حدث ذلك وجب وضع الجائحة ومفاد الوضع هنـا الحط أي الانقاص من الثمن بقدر ما تلف من الثمار (٩٦٢) .

والكلام عن موقف مذهب المالكية من وضع الجائحة يشير عـدة نقاط هى بمثابة اجابة عن تساؤلات يثيرها الذهن ويفرضها منطق البحث .

وأول هذه التساؤلات يدور حول محل الجائحة فهل يتسـاوى الأمر السماوي مع الفعل الآدمى من حيث اعتبار كل منهما جائحة ؟ وكذلك اذا كان وضع الجائحة فى الثمار لا خلاف عليه فهل الأمـر كذلك بالنسبة للبقول وسائر الزروع ؟ . وأخيرا ما هو المقـدار الواجب فيه الجائحة وبعبارة أخرى هل توضع الجائحة لأي قدر مـن التلف أم يشترط قدر معين منه ؟ .

---

(٩٦٢) يراجع فى هذا الموضوع : المدونة الكبرى للامام مالـك جـ ١٢ ص ٢٦ وما بعدها . الفقه الواضح للشيخ يوسـف المنياوي ص ١٢٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ونهايـة المقتصد لابن رشد جـ ٢ ص ١٥٦ وما بعدها .

وعلى ذلك نجد لزاما علينا للاجابة على التساؤلات السابقة أن نتناول بالحديث نقطتين هما محل الجائحة ثم المقدار الواجب فيه الجائحة ونتكلم عن كل من النقطتين بالتفصيل المناسب تباعا •

أولا : محل الجائحة :

ثار الخلاف بين فقهاء المالكية حول محل الجائحة وهل تشمل الى جانب الثمار باقى المزروعات من عدمه ؟ وحتى فى الثمار ثار بينهم خلاف كبير دار حول مفهوم القبض تلك العملية التى تفرق بين تحمل البائع أو المشتري لتبعة الهلاك •

ويحسن أن نتناول الكلام عن محل الجائحة ببيان كل نوع من المزروعات على حدة قدر الامكان •

١- الجائحة فى الثمار :

يكاد ينعقد الاجماع بين فقهاء المالكية على وضع الجائحة فى الثمار وذلك على اساس أنها كانت تمثل فى الغالب مظهر المعاملات الواضح لدى العرب قديما فى ذلك الوقت فضلا عن سرعة تعرضها للجوائح باعتبار أنها معلقة فى الهواء على ارتفاع كبير فتتأثر بهبوب الريح وغارات الجراد ونحو ذلك يضاف لذلك أن المشتري يتسلمها وهى قائمة على الشجر ويجنيها عادة بالتدريج بمجرد نضوجها • ولذلك كثرت الأحاديث النبوية الشريفة تعالج الجائحة وكان محل المعالجة فى الغالب يدور حول بيع الثمار •

ولذلك كان طبيعيا أن يختلف أصحاب هذا المذهب فيما بينهم بالنسبة للبقول وغيرها ويرجع أصل هذا الاختلاف الى اختلافهم حول مدى امكان تشبيهها بالأصل فى وضع الجوائح وهو الثمار فمن اعتبرها كالثمار قال بوضع الجوائح فيها ومن لم يعتبرها كذلك قال بعدم جواز وضع الجائحة فيها .

وعلة من قال بوضع الجوائح فى البقول فضلا عما تقدم أنها تحتاج الى ماء كثير فاذا أصابتها جائحة رجع هذا فى الغالب الى العطش والبائع مسئول عنه دائما (٩٦٣) .

وانى أميل الى الرأي القائل بوضع الجائحة فى البقول قياسا على الثمار وذلك لأنه اذا كان الغالب هو وضع الجوائح فى الثمار فليس معنى هذا أن يكون هو المبدأ خاصة اذا علمنا أن الجائحة حينما تعم بلواها لا تفرق بين ثمر وبقل أضف الى ذلك أنه لا يد للمشتري فيها فكيف نضع الجائحة فى ثمار بستان ولا نضعها فى بقول بستان مجاور ورغم اتحاد الظروف التى تعرض لها البستانين؟. لا شك فى ضرورة وضع الجائحة فى الحالين مما يعد انسجاما وتوافقا مع المبدأ العام الذي يحكم نظرية العقد وهو المساواة بين الطرفين فى الغرم والغنم واشاعة روح العدل بينهما .

الا أننا ننبه الى نقطة هامة وهى أن المقصود بالثمار ما ييبس كالتمر وما لا ييبس كالبطيخ والخيار والقثاء والقرع

---

(٩٦٣) المدونة الكبرى ج ١٢ ص ٣٢ .

والباذنجان ونحو ذلك(٩٦٤) .

فضلا عن ذلك فانه يأخذ حكم الجائحة من حيث الحط من الثمن تعيب الثمرة بالغبار وغيره .

وليست كل جائحة تصيب الثمر يجب انقاص الثمن بمقابلها اذ أن الثمار اذا بيعت بعد استيفاء طيبها ويبسها وأصابتها جائحة فهى من ضمان المشتري لأنه كان يجب عليه أن يقطفها دون تراخى أما وقد تركها دون قطف فذلك اهمال منه لأن البائع قد أخلى ساحته بتخليته بين الثمار والمشتري .

أما الثمار التى بيعت فى أول ابتداء طيبها على أن تبقى على رؤوس الشجر لاستيفاء هذا الطيب ولتلاحقه وانتهائه كثمار النخل والتفاح فهذه الثمار توضع فيها الجائحة بالاتفاق .

أما بالنسبة للثمار التى تباع بعد تمام صلاحها على أن تظل على رؤوس الشجر للابقاء على رطوبتها ونضارتها وخوفا من تغيرها كثمرة العنب فيرى الفقيه سحنون أنه اذا تناهى العنب وآن قطافه لم توضع فيه جائحة ومعنى ذلك أن المشتري اذا تسلم ثمار العنب على رؤوس الشجر وقد بان طيبها وحل قطافها ولم يفعل وأصابتها جائحة فتبعتها عليه . ولا يجوز له التعلل بأنه أراد بابقائها على رؤوس الشجر الحفاظ على نضارتها ورطوبتها لأن البائع قد نفذ التزامه على الوجه الاكمل فكون المشتري قد فعل ذلك فهو تصرف

---

(٩٦٤) الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ج ٣ ص ٢٤١ .

شخص يتحمل تبعته وهذا ما نرجحه (٩٦٥). والقول بغير ذلك فيه تحميل للبائع فوق طاقته وخروج على الروح التى يجب أن تسود العلاقة التعاقدية من سماحة وعدل .

أضف الى ذلك أن المفروض فى الالتزام التعاقدي أن تكون له حدود معينة فاذا أخذنا بالرأي السابق بقيت حدود العلاقة التعاقدية بيد المشتري وهذا أمر غير جائز لأنه يجب الاحتكام فى مثل هذه الأحوال لضوابط موضوعية لا دخل لارادة أي من المتعاقدين فيها .

وأخيرا فالسماح بابقاء الثمر على رؤوس الشجر بعد طيبها مع تحميل البائع مغبة هلاكها يشجع المشترين على المضى فى هذا المسلك فيبقوا الثمار على أصولها بحجة الابقاء على نضارتها حتى يضمنوا وضع الجائحة ان هى نزلت بها مما يعنى اتساع دائرة مسئولية البائع لتشمل ما بعد قيامه بتنفيذ التزامه وهذا ما لا يقره أشد النظم اجحافا فما بالنا ونحن بصدد شريعتنا الغراء والتى قوامها السماحة والعدل واليسر .

يؤكد ذلك ما ذهب اليه بعض الفقهاء من أن الثمار اذا انتهى طيبها بأن بلغت الحد الذي اشتريت له (والمعيار هنا موضوعى لا شخصى) فتوانى المشتري فى جذها حتى أجيحت جائحة لفوات محل الرخصة (٩٦٦). والقول الأخير يعنى أن وضع الجائحة استثناء

---

(٩٦٥) المدونة الكبرى جـ ١٢ ص ٣٤ ، الشيخ يوسف المنياوي ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ وما بعدها .
(٩٦٦) الشرح الصغير – المرجع السابق ص ٢٤٦ .

من الأصل العام والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه • وعكس ذلك لو أجيحت الثمرة أيام جذها على العادة ـ أي في الوقت الذي اعتاده الناس ـ فتوضع الجائحة •

كون المهر ثمارا :

يثور التساؤل حول ما اذا كانت الثمار التى أجيحت مهرا للزوجة فهل توضع الجائحة ؟ •

الأرجح أن توضع فيه الجائحة [٩٦٧] وانى أؤيد ذلك لأن المهر قدر معلوم من المال فاذا اتفق على أن يقدر ذلك بما يقابله من ثمار الحائط لضيق ذات اليد لدى الزوج مثلا فالمفروض أن تظل الثمار بمقدارها حتى تجذ وتسلم للزوجة •

والقاعدة الأصولية هى أن مراعاة الثمار حتى أوان جذاذها تقع مسئوليته على البائع ويأخذ ـ هنا ـ حكمه الزوج فاذا أصيبت الثمار بجائحة كان ذلك على الزوج اذ لا وجه لتمييز الأخير بحكم منفرد •

الا أن الحكم يختلف اذا كانت الثمرة المدفوعة خلعا من قبل الزوجة اذ لا جائحة فى هذه الثمرة لضعف الخلع عن الصداق بجواز الغرر فيه دون الصداق[٩٦٨] •

---

(٩٦٧) المرجع السابق ص ٢٤٢ •
(٩٦٨) المرجع السابق ـ نفس الموضع •

ويجدر التنبيه الى ان الكلام عن وضع الجائحة في الثمار يفترض أنها باقية على رؤوس الشجر لاستيفاء طيبها حتى تجد في أوان الجذاذ فضلا عن ورود الشراء على الثمرة مستقلة عن أصلها أو على الأقل اذا بيعت مع الأصل أن يكون الأخير تابعا لها(٩٦٩).

٢- الجائحة فى الزرع :

اذا أصابت الجائحة الزرع مثل القمح والشعير فانه لا جائحة فيه لقول ابن القاسم بأن كل ما لا يباع الا بعد يبسه لا جائحة فيه والزرع لا يباع الا بعد يبسه .

ويضيف فقهاء المالكية كذلك أن يابس الحب من قمح وغيره اذا بيع بيعا صحيحا وذلك بعد يبسه أو قبله على القطع لكن أبقاه المشتري ليبسه فأجيح فلا جائحه فيه . وأما لو اشتراه قبله على التبقية (أي بشرط ابقائه ليبسه) أو الاطلاق (أي لم يحدد في العقد موعد اخلاء البائع من التزامه بأن كان ضامنا للجائحة حتى تمام قطعه) فيفسد هذا الضمان من البائع للجائحة أو غيرها بخلاف ما لو اشتراه على القطع فأجيح أيام قطعه المعتاد ففيه الجائحة (٩٧٠) .

٣- الجائحة فى الأصول المغيبة :

الأصول المغيبة فى الارض هى الجزر واللفت والبصل ونحوه فاذا

(٩٦٩) المدونة الكبرى - الموضع السابق - الشيخ يوسف المنياوي - الموضع السابق .

(٩٧٠) الشرح الصغير ص ٢٤٦ .

أصابتها جائحة فتوضع عن المشتري تلك الجائحة .

الا أن المالكية اختلفوا فيما بينهم فى مقدار الجائحة التى توضع فيها فمن شبهها بالثمار فلا يضع فيها الجائحة الا اذا بلغ مقدار التالف الثلث ومن الحقها بالبقول أجاز وضع الجائحة ولو لم يبلغ القدر المجاح الثلث(٩٧١) .

٤ـ الجائحة في قصب السكر :

الراجح والمشهور فى مذهب المالكية هو ما قرره ابن القاسم من وضع الجائحة فى قصب السكر وان كان البعض يرى عكس ذلك من عدم وضع الجائحة فيه قياسا على الزرع .

ويشترط ابن القاسم لوضع الجائحة فى قصب السكر شرطان(٩٧٢) :

أ) أن يبلغ القدر المجاح الثلث من قيمة جميع الأصناف .

ب) أن يكون القدر التالف بسبب الجائحة من الصنف المجاح ثلث قيمته .

٥ـ الجائحة فيما يطعم بطونا :

المقصود بما يطعم بطونا هو ما ينتج أكثر من مرة كالخيار والقثاء والقرع .... الخ .

فاذا أصابت الجائحة بطنا من هذه البطون وسلم بطنان مثلا

---

(٩٧١) المدونة الكبرى ـ المرجع السابق ص ٣٢ .
(٩٧٢) الشرح الصغير ـ المرجع السابق ص ٢٤٦ .

ننظر كم بلغ قدر المجاح بالنسبة لمجموع النتاج كله من أول بطن الى آخر بطن أي أننا لا ننظر للبطن التى أجيحت فقط بل ننظر الى المقثأة كم كان نباتها من أول ما اشترى الى آخر ما تنقطع ثمرتها فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة . وهكذا على أن تقدر القيمة يوم الاصابة بالجائحة (٩٧٣) .

من جماع ما سبق نستطيع أن نستخلص أن محل الجائحة من حيث طبيعته يشمل نوعين هما :

أ) ما يطعم :

ويشمل ثمار الفاكهة كالتفاح والرمان والخوخ والتين والبقول بجميع أنواعها والخضر وكذلك قصب السكر .

ب) ما لا يطعم :

ويشمل الورد والياسمين والبنفسج والرياحين ... الخ (٩٧٤) .

ثانيا: القدر الواجب فيه الجائحة :

لنبلغ الى مرادنا من معرفة القدر الواجب الذي توضع فيه الجائحة لا بد أن نميز بين الأنواع المجاحة على النحو التالى :

---

(٩٧٣) المدونة الكبرى – المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها .
(٩٧٤) المدونة الكبرى ج ١٢ ص ٣٢ وما بعدها ،بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٥٦ .

١- بالنسبة للثمار :

يشترط لوضع الجائحة فى الثمار أن يبلغ ما أجيح منها مقدار الثلث أو يزيد .

ويلحق بالثمار أي يأخذ حكمها فى وضع الجائحة المقاثئ والموز والورد والياسمين ونحوها كالعصفر والفول الأخضر والجلبان .

طريقة حساب الثلث :

توجد طريقتان فى المذهب المالكى لحساب الثلث أولاهما طريقة ابن القاسم والثانية طريقة أشهب(٩٧٥) .

طريقة ابن القاسم :

يرى ابن القاسم حساب الثلث حسب طبيعة الثمار أي ما اذا كانت من المكيلات أو الموزونات أو مما تحسب بالعدد وذلك اذا كانت الثمار من نوع واحد لا تختلف قيمة بطونه .

أما اذا تعددت أنواعها أو اختلفت قيمة بطونها فاننا نحسب مقدار الثلث بحسب قيمة الجميع بمعنى أنه اذا كان مقدار البطن الأولى عشرة قناطير والبطن الثانية التى حصلت فيها الجائحة مقدارها عشرين قنطارا تلف منهم خمسة عشر قنطارا والبطن الثالثة خمسة عشر قنطارا فاننا لا ننظر فى حساب الثلث الى قيمة البطن الثانية فقط وانما نحسب قيمة مجموع البطون فنجد أنها خمسة

(٩٧٥) المدونة الكبرى ج ١٢ ص ٣٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ص ١٥٦ وما بعدها .

وأربعون قنطارا تلف منهم خمسة عشر قنطارا فيكون مقدار التالف بالنظر الى مجموع ما أفرزته البطون الثلاثة ثلث المحصول فتوضع الجائحة .

وقد جاء فى المدونة الكبرى : " قلت أرأيت ان اشتراها وفيها بطيخ وقثاء فأصابت الجائحة جميع ما فى المقثأة من ثمرتها وهى تطعم في المستقبل كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك أنه يكون مثل كراء الأرضين والدور انه ينظر الى المقثأة كم كان نباتها من أول ما اشترى الى آخر ما تنقطع ثمرتها فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها فاذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة نظر الى قيمة ما قطف منها .... (٩٧٦) .

طريقة أشهب :

ويرى أشهب حساب مقدار الثلث عن طريق القيمة فقط وبصرف النظر عن تعدد نوع الثمار من عدمه وسواء اختلفت قيمة البطون أو لم تختلف .

وبتطبيق طريقة أشهب على المثال الذي سقناه عند بيان طريقة ابن القاسم نقول أننا نفترض أن قيمة البطن الاولى (عشرة قناطير) هى ألفا من الجنيهات وقيمة البطن الثانية (عشرون

---

(٩٧٦) المدونة الكبرى جـ ١٢ ص ٢٥ – ٢٦ .

قنطارا) هى ألف من الجنيهات وقيمة البطن الثالثة (خمسة عشر قنطارا) سبعمائة جنيه فنحسب قيمة التالف لحساب مقدار الثلث بالنسبة لمجموع قيم البطون الثلاثة فان كان مقدار هذا التالف يصل الى تسعمائة جنيه أو يزيد وضعت الجائحة (باعتبار أن مجموع قيم البطون الفين وسبعمائة جنيه) وبصرف النظر عما اذا كانت قيمة التالف تشمل ثلث الكمية من عدمه •

فمثلا نفترض أن التلف بالجائحة حدث في البطن الأولى بمقدار تسعة قناطير فهذه القناطير لا تبلغ ثلث الكمية ولكن قيمتها تصل الى ثلث القيمة وهكذا •

جاء فى المدونة الكبرى : " ••• فربما كان اطعام المقثأة فى أوله هو أقله وأغلاه ثمنا تكون البطيخه أو الفقوسه أو القثأة بعشرة أفلس أو بنصف درهم أو بدرهم والبطيخة مثل ذلك وفى آخر الزمان تكون بالفلس والفلسين والثلاث فيكون القليل الذي كان في البطن الأول أكثر المقثأة ثمنا لنفاقه في السوق وعلى هذا يقع شراء الناس انما يحمل أوله آخره وآخره أوله (٩٧٧) •

وان كان لنا أن نفاضل بين الطريقتين السابقتين فاننا نميل الى طريقة أشهب لأنها أقرب الى العدل وأكثر دقة لأن نتاج الثمار خاصة فيما يطعم بطونا ربما كان أقل في كميته وأغلى

---

(٩٧٧) المدونة الكبرى جـ ١٢ ص ٢٦ •

فى ثمنه لكثرة الطلب عليه بين الناس وقلة المعروض منه لأنه فى بداية الموسم مما يجعله يستحوذ على اهتمامهم بشدة ويأخذ هذا الاهتمام فى التناقص حتى يكاد يضمحل اذا بلغ اشباع الحاجة من هذا الصنف منتهاه . ولذلك من العدل أن يحمل أول النتاج على آخره .

بقيت نقطة أخيرة في بيع الثمار وهى بيع العرايا وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بتمر وبيع العنب كزبيب(٩٧٨) . فاذا تم البيع على هذا النحو وجفت الثمار على فروعها وأمكن قطفها ثم أصابته جائحة فلا توضع ولا تطبق نظرية الجوائح لأن المشتري كان بامكانه توقى آثار الجائحة بجنى التمر أو الزبيب فضلا عن أن القيد الزمنى الذي تطبق فيه نظرية الجوائح هو المدة بين بيع الثمار وصلاحيتها للقطف أو الجذاذ أما بعد ذلك فتكون خارج النطاق الزمنى للنظرية فلا تطبق أحكامها .

٢- بالنسبة للبقول :

وهى كالسلق والبصل وغيرها وتوضع فيها الجائحة من غير اعتبار للثلث بمعنى أنه اذا أجيح البقل وضعت الجائحة وأنقص من الثمن مقابل التالف سواء وصل مقداره الى الثلث أم لم يصل(٩٧٩) .

---

(٩٧٨) الشرح الصغير - المرجع السابق ص ٢٢٦ وما بعدها ، المدونة الكبرى جـ ١٢ ص ٣٣ - ٣٤ .

(٩٧٩) الشرح الصغير - المرجع السابق ص ٢٤٥ .

ويلحق بهذه الأنواع فى وضع الجائحة فيما دون الثلث الزعفران والريحان والقرط (بضم القاف) وهو حشيش يشبه البرسيم فى الخلقة والقضب (بفتح القاف ؛ وسكون الضاد) ما يرعى من الحشيش وورق التوت الذي يشترى لعلف دود الحرير وغيرها كذلك كاللفت والقلقاس والثوم ٠

وننبه أخيرا الى أنه اذا كان سبب الجائحة هو العطش فتوضع الجائحة مطلقا من غير اعتبار للثلث ومن غير تفرقة بين ثمر وبقل ما لم يكن المجاح تافها لابال له فاذا انقطع الماء عن الثمرة وضع عن المشتري ما ذهب منها قليلا كان أو كثيرا (٩٨٠).

-٠-

(٩٨٠) المرجع السابق ص ٢٤٤ ، المدونة الكبرى ج ١٢ ص ٣٧ — ٣٨ ٠

الفـــرع الثالـــــث

موقــف الأحنــاف مــن وضــع الجائحـــــة

رأينـا أن وضع الجائحة معنـاه الحط من الثمن مقـابـل مـا تلـــف من الثمـار والبقول وبعبـارة أخرى الحط من الثمن معنـاه خصم جزء من ثمن المبيع مقـابـل مـا تلـف منــه .

ووضع الجائحة وفقـا لهذا المفهوم أمر غير مسلم لدى الأحنـــاف اذ لا يجيزون وضعها وان كان الاجماع منعقد بين الفقهاء بمـــا فيهم الأحنـاف على أن التلف اذا وقع قبل التمكن من القبض يكـــون من ضمـان البـائع .

ولكن نقطـة الخلاف بينهم تكمن في مدى اعتبـار تلـف الثمـــر قبل تمـام صلاحه وبعد قبضه تلف قبل التمكن من القبض أم لا ؟ .

اذ يرى الأحنـاف أن القبض هو التمكين والتخلية وارتفــــاع الموانع فـاذا كـان المبيع مقدور التسليم فبالتخلية وارتفـــاع الموانع يتم القبض(٩٨١) .

ولقد ورد فى كتب الفقه الحنفى : " أن من شرائط الركن فـــى عقد البيع مـا يرجع الى المعقود عليه ومنهـا أن يكون موجـــودا

---

(٩٨١) البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٣٧ ، نيـل الأوطار للشوكانى بـاب الجائحة ص ٣٨ .

اذ لا ينعقد بيع المعدوم فلا ينعقد بيع الثمار والزروع قبل ظهورهما وان كان بعد الطلوع جاز وان كان بعد بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك .

ومن فقهاء الأحناف من قال لا يجوز الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به أصلا لا ينعقد واحتجوا بما روى فى الحديث أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولأنه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعا بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها(٩٨٢) " .

ولقد صرف الأحناف حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنه عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نظرا لما كان يثيره البيع قبل بدو الصلاح من المنازعات والمشاحنات بسبب الجوائح وحسما وقطعا لهذا التنازع ورد النهى .

ومن هذا المنطلق فرق الأحناف بين الهلاك قبل القبض وبعده على النحو التالى(٩٨٣) :

١- اذا كان هلاك المبيع كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لأنه لو بقى (أي البيع) لوجب مطالبة المشتري بالثمن واذا طالبه البائع به فالمشتري يطالبه بتسليم البيع فى حين أنه عاجز عن ذلك التسليم مما يجعل المطالبة غير ذات معنى من الأصل .

---

(٩٨٢) البدائع للكاساني جـ ٥ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .
(٩٨٣) كاسانى - البدائع - المرجع السابق ص ٢٤٠ .

٢- اذا هلك المبيع كله بعد القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع (بأن كان حيوانا وقتل نفسه وهو يأخذ فى هذه الحالة حكم الآفة السماوية) أو بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن لأن البيع تقرر بقبضه للمبيع فتقرر الثمن مقابلا له .

٣- اذا هلك بعض المبيع فان كان قبل القبض وهلك بعضه بآفة سماوية مما ترتب عليه نقصانه فاننا نفرق بين أمرين :

أ) ان كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن ويكون المشتري فى هذه الحالة بالخيار فى الباقي ان شاء أخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه .

ب) اذا كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر وأطراف الحيوان والجودة فى المكيل والموزون لا ينفسخ البيع أصلا ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض لأنها تصير مقصودة به .

وهنا يترك الخيار للمشتري ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض .

ويسوق الأحناف دليلا على ما ذهبوا [٩٨٤] اليه وهو نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل وما تزهو ؟ قال تحمار وتصفار ٠

وقوله صلى الله عليه وسلم " أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه " ٠

ومعنى ذلك هو النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها بشرط الترك الى أن يبدو هذا الصلاح أي يجب على المشتري عدم تسلمها قبل ذلك ٠ اذ لو باعها البائع بشرط تركها الى أن تصلح فهذا البيع فاسد عند الأحناف ٠

يتضح مما سبق أن الأحناف لا يأخذون بوضع الجوائح فى بيع الثمار اذ يعتبرون البيع قبل بدو الصلاح بيعا فاسدا ٠

فضلا عن أن البيع عندهم لا يتم الا بقبض المبيع وأداء الثمن وتقوم التخلية كذلك مقام القبض وعلى ذلك تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري لتمكنه من المبيع سواء بالقبض أو التخلية ٠

—٠—

---

(٩٨٤) البحر الرائق جـ ٥ ص ٣٠٠ ٠

الفـــرع الرابـــع

موقـف الشافعيـــة من وضـــع الجائحـــــة

لم يأخذ الشافعية بوضع الجوائح ولذلك علته عندهم سنبرزهـا بعد استعراض مبادئهم العامة حول عدم وضع الجائحة .

بداية لا يجز الشافعية بيع الثمر قبل بدو صلاحه ويبدو ذلـك منسجما مع مذهبهم في عدم وضع الجوائح لأن البيع بعد بدو الصلاح يجعل الثمار على ملك المشتري ويكون متسلطا عليها فضلا عن أنهـا بهذا الوضع لن تمكث كثيرا على الشجر بل سيبادر المشتري الـى قطفها مما يجعل تحميله لتبعة هلاكها أمرا منطقيا .

ويرى الشافعية جواز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا أي مـن غير قيود مثل اشتراط القطع أو الابقاء[(٩٨٥)] فاذا تم البيع علـى هذا النحو وتسلط المشتري على الثمار بالتخلية بينه وبينهـا وأصابتها جائحة بعد ذلك تحمل تبعتها[(٩٨٦)] .

والعلة من اشتراط بيع الثمر بعد بدو الصلاح حتى لا يوصف البيع أنه بيع غائب أي بيع لثمر غير موجود حكما لأنه وقت البيـع لا ينتفع به[(٩٨٧)] .

---

(٩٨٥) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي جـ ٢ ص ١٤١ ومابعدها .
(٩٨٦) كتاب الأم للامام الشافعي جـ ٣ ص ٥١ .
(٩٨٧) نهاية المحتاج – المرجع السابق نفس الموضع .

أما البيع قبل بدو الصلاح فاننا نفرق فيه بين ثلاثة أمور :

الأول :

اذا بيع الثمر منفردا عن الشجر فلا يجوز الا بشرط القطع وأن يكون المقطوع منتفعا به كاللوز والبلح وكذلك لا يصح بيع المزروعات الخضراء من الأرض الا بشرط قطعها (٩٨٨) .

الثاني :

اذا بيع الثمر مع الأرض أو بعد اشتداد الحب أي ظهوره واقترابه من النضوج فيجوز البيع بلا شرط .

وعلى ذلك فالمبيع قبل قبضه من ضمان البائع فان أصابته جائحة انفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري (٩٨٩) .

الثالث :

اذا باع الرجل ثمرا واتفق على تركها الى الجذاذ أي الى وقت قطفها ثم انقطع الماء وكانت لا صلاح لها الا به فالمشتري بالخيار بين أن يأخذ الثمرة بجميع الثمن وبين أن يردها فان كان قد أخذ منها شيء فيخصم من الثمن مقابل ما أخذ من الثمر وان اختلف معه البائع فالقول قول المشتري (٩٩٠).

---

(٩٨٨) مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الخطيب جـ ٢ ص ٨٨ .

(٩٨٩) قليوى وعميرة جـ ٢ ص ٢١١ .

(٩٩٠) نهاية المحتاج ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع ، الأم ـ المرجع السابق ـ نفس الموضع .

يضاف لكل ما تقدم أنه لا يجوز بيع ما لا يرى حبه كالحنطة والعدس دون سنبلة . لما روى عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنبل حتى يبيض أي يشتد[٩٩١]

ويستفاد من ذلك أن الحبوب التى تنبت داخل السنابل لا يستفاد منها ولا يكتمل نضجها الا اذا تيبست وصار لونها مائلا الى البياض ولذلك علاماته التى تعارف عليها الناس وقبل ذلك لا يصح البيع - من وجهة نظري - لوجهين :

الأول :

فلأن الحبات داخل السنبل لم تكن قد نضجت ولذلك ستترك الى أوان جذاذها .

الثانى :

وهو مترتب على الأول أنه في الفترة بين الشراء والجذاذ يمكن أن تحدث جائحة تذهب بتلك الثمار مما يوقع التنازع بين البائع والمشتري وهو ما نهى عنه رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

مظاهر بدو الصلاح[٩٩٢] :

لبدو الصلاح مظاهر تختلف باختلاف نوع الثمر ومن هذه المظاهر الآتى :

---

(٩٩١) نهاية المحتاج - المرجع السابق - نفس الموضع .
(٩٩٢) مغنى المحتاج - المرجع السابق - نفس الموضع .

١- ظهور مبادىء النضج والحلاوة فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين .
٢- الحمرة والسواد كالبلح والصفرة كالعنب والمشمش .
٣- اشتداد الحبوب أي كبر حجمها مع شدتها أي صلابتها .
٤- التناهى كما فى ورق التوت أي شدة طول الورقة وتناهى عرضها .
٥- التفتح كما فى الورد .

وتجدر الاشارة الى أنه لا يشترط بدو صلاح جميع ثمـــر الأرض بل يكفى بدو صلاح بعضها وان قل .

مما سبق يتضح لنا أن الشافعية يرفضون وضع الجائحة للأسباب الآتيـة :

١- أنهم لا يجيزون بيع الثمار الا بعد بدو صلاحها وقبل ذلــك تكون على ذمة البائع حتى لو كان قد باعها للمشتري نظـــرا لأن البيع ينصب على ثمار ناضجة وصالحة فان أبرم العقد قبـــل ذلك فتكون مسئولية اتمام النضج على البائع فكأنها تحـــت يده طوال تلك الفترة مما يجعل تبعة الجائحة عليه .

٢- يفهم من كتابات الشافعية السابقة أن مفهوم عقد البيـــع لديهم ينصرف الى البيع المنجز غير المضاف لأجل أو المعلق علــى شرط وبالتالى فالبيع الناجز هو ما يقترن بالقبض بمعنـــى ان الثمار فى هذه الحالة تنتقل من ذمة البائع الى ذمة المشتـــري مباشرة صالحة للقطف مما يمنع وجود فترة زمنية يمكـــن أن يثور خلالها الشك والتنازع حول من يتحمل تبعة الجائحـــة الا وهى الفترة بين ابرام عقد الثمار قبل بدو صلاحها وبيـــن جذاذهـــا .

وتجدر الاشارة الى أن التخلية بين المشتري والثمار تأخذ حكم القبض .

بقيت نقطة أخيرة أن الشافعية لم يكتفوا ببيان حكم الجائحة بالنسبة لعقد بيع الثمار فقط وانما تكلموا عن حكمها كذلك بالنسبة لعقد الايجار فعندهم أن الشخص لو استأجر أرضا زراعية وهلك الزرع بجائحة كشدة الحر أو البرد أو سيل أو جراد أو كثرة مطر ونحو ذلك فلا يجوز له طلب الفسخ ولا حط شيء من الأجرة لأن الجائحة لم تؤثر فى منفعة الأرض وذلك انطلاقا من أن الفسخ عند الشافعية لا يكون الا اذا كان الضرر قد وقع نتيجة حدوث خلل فى المعقود عليه وهو ما سبق لنا تناوله عند الكلام عن تطبيقات العذر لدى المذاهب الأربعة (٩٩٣) .

-.-

(٩٩٣) قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٨٣ .

المطلب الثاني

فسخ الاجارة بالعذر

رأينا فيما سبق أن الأحناف من أكثر الفقهاء توسعا فى القول بجواز فسخ الاجارة بالعذر ، وذلك ايمانا منهم بأن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه فى نفسه أو فى ماله يثبت له الحق فى الفسخ(٩٩٤) .

فمناط الفسخ اذا هو العذر المسبب للضرر لأنه " لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر(٩٩٥)" .

وفى الحقيقة فان الفسخ لتوقى الضرر يعد ركيزة هامة من ركائز نظرية العذر عند الأحناف فضلا عن أنه لا يشترط فى الضرر قدرا معينا عنده يجوز الفسخ ولكن أي قدر منه يثبت للمتعاقد الحق في هذا الفسخ .

والحقيقة أن باقى المذاهب الأخرى أخذت بالفسخ مقابل العذر وان لم تأخذ به بنفس السعة التى جرى عليها الأحناف .

وعلى ذلك وحتى يمكن لنا أن نعالج نظرية الفسخ للعذر يجب

---

(٩٩٤) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٧٦ .
(٩٩٥) كاساني – البدائع ج ٤ ص ١٩٧ .

علينا التعرف على موقف المذاهب الأربعة من هذا الأثر ويكون ذلك باستعراض نماذج مما ورد فى كتبهم كل مذهب على حدة .

ولما كان الفسخ يجب أن يسبقه ثبوت الخيار للمتعاقد فلا بد أن نلقى بعض الضوء في عجالة على مسألة الخيارات فى الشريعة الاسلامية .

فاذا ما ثبت الخيار للمتعاقد واختار الفسخ فانه يرتكز على احدى الحالات التى تجيز له ذلك وهو ما يسمى بموجبات الفسخ .

وكما أن للفسخ موجباته فشأنه شأن سائر الحقوق بمعنى ان له كذلك مسقطاته .

وأخيرا اذا جاز فسخ العقد فيثور تساؤل هام هل يشترط تدخل القاضى لايقاعه أم يكفى أن ينفرد به المتعاقد الذي قام العذر فى جانبه ؟

من كل ما سبق نستطيع لتغطية كافة المفترضات المثارة أن نعالجها فى ثلاث نقاط تباعا نبدؤها بعرض النصوص الفقهية لكافة المذاهب مع تعليق يسير عليها ثم نثنى بالكلام عن الخيارات فى الشريعة الاسلامية وأخير نتناول موضوع الفسخ فى ذاته .

أولا : النصوص الفقهية الخاصة بالفسخ :

آثرنا منذ بداية تناولنا لنظرية الظروف الطارئة فى

الشريعة الاسلامية أن نغطى معالجة تلك النظرية من خلال منظور المذاهب الأربعة الكبرى ـ وهى التى سنورد النصوص الفقهية من كتبها المختلفة .

١ـ المذهب الحنفى :

أ) ورد فى البدائع أن " الاجارة تفسخ بالأعذار ... ولنا أن الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لأنا نقول نعم لكنه عجز عن المضى فى موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ فى هذه الحالة كما فى بيع العين اذا أطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر . وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ان هذا هكذا اذا لم يعجز عن المضى فى موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضى عن الفسخ ... ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لأنه يقتضى أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت فى يده أكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا (٩٩٦) " .

---

(٩٩٦) البدائع جـ ٤ ص ١٩٧ .

ب) جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى : " تفسخ الاجارة بالعيب لأن العقد يقتضى سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما فى البيع والمعقود عليه فى هذا الباب المنافع وهى تحدث ساعة فساعة . فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فى حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع فان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتى بعده فسقط خياره (٩٩٧) " .

٢- مذهب المالكية :

أ) جاء فى مواهب الجليل للحطاب : " سئل بن أبى يزيد اذا أصاب الأجير فى البناء مطر فى بعض اليوم منعه من البناء فى بعض اليوم قال : فله بحساب ما مضى ويفسخ فى بقية اليوم ومثله لسحنون . ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله وقال ابن عرفه قال سحنون فى وثائقه ان منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر لم يكن له بحساب ما عمل من النهار وأجيره له كل الأجر لأن المنع لم يكن منه قال ابن عرفه ولايدخل هذا الخلاف فى نوازل وقعت فى بلدنا بتونس لأن العرف تقرر

(٩٩٧) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٥ ص ١٤٣ - ١٤٤ .

عندهم بفسخ الاجارة بكثرة المطر ونزول الخوف[٩٩٨] .

ب) ورد بالمدونة الكبرى للامام مالك : " ... قلت أرأيت ان استأجرت عبدا فأبق أنفسخ الاجارة فى قول مالك ؟ قال : نعم قلت فان رجع فى بقية من وقت الاجارة أو قدر عليه ؟ قال يرجع فى الاجارة بحال ما وصفت لك . قلت أرأيت ان استأجرت من رجل عبدا يخدمنى سنة فهرب العبد من يدي الى دار الحرب ؟ قال تنفسخ الاجارة فيما بينهما الا أن يرجع العبد فى بقية من وقت الاجارة كما وصفت لك قلت : أرأيت ان هرب السيد ؟ قال الاجارة بحالها لا تنقض[٩٩٩] " .

٣ـ <u>مذهب الشافعية</u> :

أ) ورد فى المهذب للشيرازي : " ... وان مات الصبى الذي عقدت الاجارة على ارضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع فبطل ـ ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه لا ينفسخ لأن المنفعة باقية وانما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد كما لو استأجر دارا فمات فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبى آخر جاز وان تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر امضاء العقد ففسخ . وان استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع أو ليكحل عينه

---

(٩٩٨) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب جـ ٥ ص ٤٣٢ .
(٩٩٩) المدونة الكبرى للامام مالك جـ ١١ ص ٧٨ .

فبرئت أو ليقتص له فعفا عن القصاص انفسخ العقد على المنصوص فى المسألة قبلها لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر(١٠٠٠) " .

ب) ورد فى نهاية المحتاج : " وتعطل الرحى بانقطاع مائها والحمام بنحو خلل أبنيتها أو نقص ماء بئر فيها يفسخها كذا قالاه . وما أعترض به من كونه مبنيا على الضعيف فى المسألة بعده يمكن حمله على تعذر سوق ماء اليها من محل آخر " . وورد كذلك أن : " الأصل يقتضى منع الاجارة لأنها بيع معدوم وانما جوزت للحاجة فاغتفر فيها الفسخ بخلاف البيع(١٠٠١) " .

٤- مذهب الحنابلة :

أ) ورد فى المغنى لابن قدامه : " القسم الخامس ان يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين . ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الاجارة(١٠٠٢) " .

(١٠٠٠) المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٤٠٦ .
(١٠٠١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣١٧ - ٣١٨ .
(١٠٠٢) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٤١٨ .

ب) وورد بالمغنى أيضا أنه : " ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكتري ..... لأن التلف غير المعقود وانما تلف مال المكترى فيه فأشبه من اكترى دكانا فاحترق متاعه فيه .... وان تعذر زرع الأرض أو انقطع ماؤها فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين وان قل الماء بحيث لا يكفى الزرع فله الفسخ لأنه عيب (١٠٠٣)".

من خلال استعراضنا للنصوص الفقهية السابقة يتضح أن الأحناف قد توسعوا في الفسخ بالعذر وذلك لاختلاف أساس الفسخ عندهم عن باقى المذاهب الأخرى وهو منع الضرر عن المتعاقد طالما أن السير الطبيعي للعقد لا يحمله به وبعبارة أخرى ليس الأساس عند الأحناف هو طروء الحادث واستحالة دفعه كما عند باقى المذاهب الأخرى ولذلك كان منطقيا - على ما رأينا - عند الأحناف أن يجيزوا ثبوت خيار الفسخ سواء وقع العذر في جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة .

أما المالكية فان أخذوا بالفسخ للعذر الا أنهم حصروا نطاقه في حدود امتناع استيفاء المنفعة شرعا .

كذلك الشافعية فنطاق الفسخ عندهم للعذر محدود بثلاثة أمور اما الخلل في المعقود عليه أو العيب الذي تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا .

(١٠٠٣) المغنى لابن قدامه جـ ٥ ص ٤٤٥ .

ويمكن القول بأن الحنابلة كالشافعية لا يجيزون الفسخ للعذر الا اذا توافر أمر من الأمور الثلاثة السابقة .

ثانيا: الخيارات فى الشريعة الاسلامية :

اذا ثبت قيام العذر فى جانب المتعاقد فمعنى ذلك ثبوت الخيار بمعنى أن له الحق فى طلب الفسخ كما أن له التنازل عن ذلك بالمضى فى موجب العقد فهذا هو الأصل والذي يعبر عنه بمبدأ لزوم العقد والذي يضمن استقرار المعاملات بين الناس .

الا أن مبدأ لزوم العقد لو أخذ على اطلاقه لأوقع الناس فى حرج شديد مع أن نفى الحرج من دعائم ديننا الحنيف ـ فقد يكون الشخص غير خبير بأحوال التعامل فيحتاج الى التروي أو التشاور فى أمر المبيع الذي يقدم على شرائه أو استئجاره متسرعا حتى لا تفلت منه فرصة الحصول عليه ان هو تأخر فى شرائه الى مابعد ذلك من أجل ذلك جعل الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما حق فسخ العقد بعد تمامه تفاديا لهذا الحرج . وحق الفسخ هذا هو الذي يعرف فى الفقه الاسلامى بالخيار .

وعلى ذلك يمكن تعريف الخيار بأنه " ثبوت الحق لأحد المتعاقدين أو لكليهما في امضاء العقد وتنفيذه أو فسخه أو أن يختار أن يكون المبيع أحد الشيئين أو الثلاثة " .

والخيارات كثيرة فى الشريعة الاسلامية نختار منها ما يتفق وطبيعة المسألة التى نعالجها وهى خيارات العيب والرؤية وتفرق الصفقه (١٠٠٤) .

١- خيار الرؤية :

وهو أن يكون للعاقد الحق فى فسخ العقد أو امضائه عند رؤية الشىء المبيع اذا لم يكن قد رآه عند انشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه .

فاذا اشترى شخص بيتا أو ثوبا أو سيارة من غير أن يره فله عندما يراه الخيار فى أمضاء العقد أو فسخه . ولا يقدح فى ذلك أن يكون الشىء المبيع قد وصف للمشتري وصفا ينفى عنه الجهالة لأن علم الشىء بأوصافه لا يرقى الى مرتبة العلم بالرؤية التى تفيد علما أشمل وأدق (١٠٠٥) .

وبتطبيق هذا الخيار على نظرية العذر نجد له أمثلة كثيرة بها كمن يستأجر دارا لم يرها وبعد أن رآها لم ترق له لسبب

(١٠٠٤) أنظر فى تفصيل الخيارات : د. محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامى - مدخل لدراسة - نظام المعاملات فيه طبعة ١٩٥٨ ص ٤٥٩ وما بعدها ، د. محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الاسلامى ص ٦٥٢ وما بعدها ،د. عبد المجيد محمود مطلوب المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى ص ٤٧٩ ومابعدها ، د. محمد مصطفى شلبى - المدخل فى الفقه الاسلامى ص ٨٠٨ ، ومابعدها ، د. محمد مصطفى شحاته الحسينى - الفقه الاسلامى فى أحكام العقود ص ٤٤ ومابعدها ،د. محمد فهمى السرجانى - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ص ١٨١ ومابعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٣ .

(١٠٠٥) د. عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق ص ٤٨٩ - ٤٩٠ .

ما فهو فى هذه الحالة بالخيار ان شاء مضى فى موجب العقد وان شاء فسخ(١٠٠٦) .

وكذلك من يستأجر دابة لم يرها ثم يكتشف انها جموح أو عضوض فله حينئذ خيار الرؤية الذي يجيز له ان شاء امضاء العقد أو فسخه .

٢- خيار العيب :

وهو أن يكون للمتعاقد الحق فى امضاء العقد أو فسخه اذا وجد فى محل العقد عيبا لم يطلع عليه عند التعاقد .

فقد يحدث أن يتعاقد الشخص على شيء من غير أن يتبين ما فيه من عيب يخل به أو ينقص من قيمته أو يفوت عليه غرضا قصده فيه كمرض العبد وعرج الدابة أو مرضها .

ولقد اعتبر الشارع مثل هذا خللا فى العقد يرتفع معه الرضا الذي هو أساس التعاقد ولذا أعطى الشارع للمتعاقد خيار العيب ان شاء بمقتضاه أمضى العقد والا فسخه(١٠٠٧) .

٣- خيار تفريق الصفقة :

ويثبت هذا الخيار بهلاك بعض المبيع فى يد البائع قبل قبضه(١٠٠٨) .

(١٠٠٦) الكاساني - البدائع - المرجع السابق ص ١٩٥ .
(١٠٠٧) د. عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق ص ٤٩٧ ومابعدها .
(١٠٠٨) د. سلام مدكور - المرجع السابق ص ٦٥٣ هامش (١) .

فقد يبرم المستأجر عقدا لاستئجار عدة أعيان صفقة واحدة على أن ينتفع بها كاملة فاذا ما حدث أن منع عنه المؤجر احدى حجرات المنزل المستأجر مثلا فان الصفقة تكون قد تفرقت عليه وكذلك الحال لو انهار أحد المنزلين المستأجرين فلا شك ان انتفاعه فى هذه الحالة قد خالف مقصوده مما يعنى تفرق الصفقة وثبوت الخيار له .

ولعل من أظهر الأمثلة على ذلك من يستأجر عبدا ودابة للحمل ثم تصاب الدابة أو العبد مما يعنى عدم الاستفادة بأحدهما منفردا فهنا يثبت خيار تفرق الصفقة ان شاء من تقرر له أن يمضى أو يفسخ .

ثالثا : الفسخ :

اذا ثبت الخيار للمتعاقد على النحو الذي قدمناه فان له الحق فى فسخ العقد أو المضى فى موجبه .

ولكن تنبه الى أنه ليس معنى ثبوت الحق فى الفسخ أنه صار حقا مطلقا من حيث زمن ايقاعه فيجب ان يثبت الى جوار الخيار موجب من موجبات الفسخ وألا يمنع من ايقاعه مسقط من مسقطاته ثم تطرأ أخيرا مسألة ايقاع الفسخ وهل هى من حقوق المتعاقد أم أنه يلزم اللجوء بشأنها للقضاء .

ونتناول الرد على كل نقطة من هذه النقاط الثلاث تباعا .

١- موجبات الفسخ :

الفسخ - كمبدأ عام - يتقرر لتفادي الضرر وحول هذا المعنى تدور أسباب الفسخ أو موجباته والتى يمكن حصرها فى الموجبات الآتية :

أ) الفسخ لفوات المنفعة :

الفسخ لفوات المنفعة من باب امتناع الاضرار بالمال .

وتفصيل ذلك أن الاجارة عقد على المنافع فالغرض الأصلى منها هو تحصيل منفعة المعقود عليه مقابل أجر - ولا شك أن المنافع التى يبغى المستأجر تحصيلها تختلف باختلاف طبيعة المعقود عليه والغرض من استئجاره .

فقد تكون المنافع حسية ملموسة كمن يستأجر ظهرا ليصل به الى مكان معين لم يكن ببالغه الا بشق الأنفس . وكذلك من يستأجر عبدا لحمل أثقال أو لادارة طاحونة أو ظئرا لارضاع ابنه . ومن يستأجر منزلا ثم ينتقل لبلد آخر .. الخ .

وقد تكون المنافع معنوية كمن يستأجر كتابا لقراءته أو يستأجر شخصا كى يعلمه القراءة والكتابة أو قراءة القرآن الكريم وهكذا .

وأيا كانت طبيعة المنفعة فان المستأجر حينما يقبل دفع الأجر فانما يكون ذلك مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة فاذا حدث

وفاتت تلك المنفعة ـ على نحو ما رأينا فى تطبيقات المذاهب للعذر ـ فان الغرض من عقد الايجار لم يتحقق وبالتالى يكون الأجر بلا مقابل وهو غير جائز ، لما يسببه للمستأجر من ضرر لم يلتزمه بالعقد وعلى ذلك يثبت له الخيار ان شاء أمضى العقد وان شاء فسخه .

ومن أمثلة فوات المنفعة التى يعتد بها وتثبت للمستأجر الخيار مرض الدابة وانهدام بعض حجرات الدار واباق العبد وغرق الأرض الزراعية المستأجرة وكلحوق المؤجر دين لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة (١٠٠٩) .

ب) الفسخ خشية الاضرار بالنفس :

لا شك أن سبب الفسخ هنا لا علاقة له بعقد الايجار بل هو أمر خارجى عنه لكنه مرتبط بأحد طرفى العقد فأحيانا يكون الاستمرار في تنفيذ العقد سببا فى ضرر يلحق بنفس المستأجر فاذا كنا قد أجزنا له الفسخ للحوق الضرر بماله فمن باب أولى يجوز له ذلك اذا كان الضرر ـ سيلحق بنفسه وتأكدنا من ذلك لأن المحافظة على النفس أمر مما أوجبه علينا الشارع الحكيم بقوله فى كتابه العزيز " ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكه (١٠١٠)" .

(١٠٠٩) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٨٦ ومابعدها ، البدائع ج ٤ ص ١٩٧ ، المبسوط ج ١٦ ص ١٥ ـ ١٧ ، فتح القدير ج ٧ ص ٢٢٠ ومابعدها .

(١٠١٠) سورة البقرة آية (١٩٥) .

ولكن يلاحظ أن خشية الاضرار بالنفس أمر داخلى يرجع تقديره غالبا للمتعاقد ذاته - ولذا لا يترك الفسخ لمطلق تقديره على نحو ما سنرى في ايقاع الفسخ .

ومن أمثلة ذلك : من يستأجر ابلا الى مكة ثم لا يرغب فى الخروج لوجود أمارات تشير الى حدوث ضرر له لو أتم هذا السفر (١٠١١) وكذلك اذا خاف المستأجر من العسكر أو من رجم الجن فى الدار المؤجرة أو من مخاطر الطريق .

ففى هذه الحالة يثبت الخيار للمستأجر ان شاء فسخ كى يتفادى نزول الضرر به المتمثل فى ضرب العسكر له أو حبسهم اياه وكذلك الضرر المعنوي الناتج من تأثر نفسيته من خشية معاكسات الجن له مما يسبب له قلقا نفسيا واصابته بالسهاد مما يؤثر فى النهاية على حالته العامة وقد تتوقف مصالحه ولا تستقم حياته ولا يمكن القول بالابقاء على اجارة تحف بها مثل هذه المخاطر (١٠١٢) .

أما مخاطر الطريق فذلك أمر ظاهر وبين ان قامت عليه دلالات واضحة واشارات قوية .

وقد تكون الخشية من الاضرار بالنفس ظاهرة جلية كما اذا أصيب الأجير بمرض معدي كالجذام والبرص فيخشى المستأجر على

(١٠١١) البدائع جـ ٤ ص ١٩٨ .
(١٠١٢) الفتاوى الهندية - المرجع السابق ، ص ٤٤٧ .

نفسه والمخالطين له من انتقال العدوى اليهم مما يجيز له الفسخ[(١٠١٣)] .

ج) الفسخ لتفريق الصفقة على المستأجر :

سبق أن رأينا أن المستأجر قد يبرم عقد الايجار ويكون محله عينا واحدة أو عدة أعيان ويكون قصده الانتفاع بالعين كاملة أو بالعيون المتعددة بحيث ـ يعد أي انتقاص فى العين أو العيون المتعددة مخالفا للغرض الذي من أجله أبرم الاجارة وهذا ما يسمى بتفريق الصفقة على المستأجر مما يثبت له الخيار بين الفسخ وامضاء العقد .

ومن الأمثلة على ذلك : من يستأجر دارا فيسلمها له المؤجر الا حجرة منها فالاصل أنه لا يلتزم بدفع كامل الاجرة بل مايقابل انتفاعه بالعين بعد استنزال ما يقابل الحجرة المحبوسه عنه.

الا انه اذا كان حبس هذه الأجرة يؤثرة على انتفاعه بالدار أو كان قد تم بعد استلامها فيثبت له خيار تفريق الصفقة .

وكذلك اذا استأجر دارين فسقطت أو تعيبت احداهما فله أن يتركهما جميعا لأن العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار[(١٠١٤)] .

(١٠١٣) المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٤٠٦، الأنوار لأعمال الأبرار جـ١ ص٤١٧.
(١٠١٤) كاسانى ـ البدائع جـ ٤ ص ١٩٧ .

وعلى العكس من ذلك لو استأجر الشخص دارا لمدة مسماة ولم تسلم له الدار حتى مضى بعض المدة فلو أنه أراد أن يتسلم الدار فيما بقى من المدة فله ذلك وليس للمؤجر أن يمتنع وفى المقابل لو عرضها الأخير فليس للمستأجر أن يأبى لأن الخيار انما يثبت بحدوث تفرق للصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة فى هذا المثال وقعت متفرقة لأن المنافع تحدث شيئا فشيئا فكأن كل جزء من هذه المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فتتعدد العقود بتعدد المنافع وما ملك بعقدين فتعذر التسليم فى أحدهما فانه لا يؤثر فى الآخر (١٠١٥) .

٢- مسقطات الفسخ :

اذا ثبت للمتعاقد الحق فى الفسخ فقد يقع ما يؤدي الى سقوط هذا الحق ولا يكون أمام المتعاقد فى هذه الحالة سوى المضى فى موجب العقد .

ويمكن القول بأن من بين مسقطاع الفسخ الأمور الهامة الآتية (١٠١٦) :

أ) اذا كان بالمعقود عليه عيب ورضى به المستأجر اذ بذلك يكون قد أسقط خياره لأنه اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب .

ب) اذا ثبت الخيار للمستأجر ولم يفسخ واستمر على ذلك حتى تمام مدة الاجارة فيسقط خياره وعليه كمال الأجرة لأنه رضى

(١٠١٥) البدائع - جـ ٤ ص ١٩٧ .

(١٠١٦) المرجع السابق ص ١٩٥-١٩٦ ، قليوبى وعميرة ص ٧٨، تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ١٤٤ .

بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل[1017].

ج) اذا زال العيب من العين المؤجرة قبل ان يستعمل المستأجر خياره بأن صح العبد وزوال العرج من الدابة وبنى المؤجر ماسقط من الدار كذلك الحال اذا بادر المؤجر الى اصلاح العيب أو تدارك تقصيره الذي كان يترتب عليه عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو الانتقاص من هذا الانتفاع .

فيجب على المؤجر أن يسلم مفتاح الدار الى المكترى ليتمكن من الانتفاع بها وكذلك اصلاح المنكسر وما يصعب فتحه وفى الجملة عليه القيام بأداء ما لا يكمل الانتفاع الا بالقيام به (١٠١٨) .

د) اذا كان العيب لا يضر بالانتفاع بالمعقود عليه أي أن المستأجر يحصل على المنفعة كاملة برغم وجود العيب وهو ما يسمى بالعيب غير المؤثر .

مثال ذلك : سقوط شعر العبد المستأجر أو أن يسقط من الدار المؤجرة حائط لا ينتفع به فى سكناها والعلة من عدم جواز الفسخ فى هاتين الحالتين وأشباههما أن العقد وارد على المنفعة وليس على العين لأن الاجارة بيع منفعة لا بيع عين والأولى لم تتأثر بما حدث[1019].

(١٠١٧) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٥ ص ١٤٣ .
(١٠١٨) المرجع السابق ص ١٤٤ .
(١٠١٩) المرجع السابق ص ١٤٣ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤٤٣، موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الاسلامى جـ ٣ ص ٣٥٥ .

تناولنا فيما سبق أحوال الفسخ ومسقطاته وكان الفرض الذي لازمنا حال هذا الكلام أن العين المؤجرة موجودة ولكن بها ما ينقص المنفعة التى يحصل عليها المستأجر . وكان الضرر اما فى المال أو فى النفس أو نتيجة تفريق الصفقة على المستأجر .

ويثور التساؤل عن حكم العقد الذي يأتى الضرر فيه من جهة الأحكام والتكاليف الشرعية ؟ وكذلك ما الحكم اذا هلك المعقود عليه وزال ؟ هل يجوز فسخ العقد أم أنه ينفسخ من تلقاء نفسه .

ونتناول الكلام فى هاتين النقطتين تباعا .

الأولى : الأعذار الشرعية :

تنفسخ الاجارة بالعذر الشرعى لأن المضى فى موجب العقد بالرغم من العذر الشرعى يوقع فى الحرمة مما يعنى أن الفسخ فى هذه الحالة حق لله تعالى وليس للعبد فيه خيار .

والأمثلة على تلك الأعذار كثيرة ذكرناها عند تناولنا لتطبيقات المذاهب للعذر ومن ذلك من استأجر امرأة لكنس المسجد ثم حاضت فهنا تنفسخ الاجارة لحرمة دخول الحائض للمسجد .

كذلك تنفسخ اجارة الطبيب لقلع ضرس وجعة سكن ألمها ويد متآكلة برئت(١٠٢٠) .

(١٠٢٠) الحطاب جـ ٥ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ .

الثانيـة : هــلاك المعقــود عليــه :

قد يهلك المعقود عليه كانهدام الدار كلها أو انقطاع الماء عن الرحى أو انقطاع الشرب عن الأرض •

ولقد اختلف الفقهاء حول هذه النقطة هل يفسخ العقد أم ينفسخ؟ وذلك على رأيين(١٠٢١) :

أ) يرى البعض أن العقد فى هذه الحالة ينفسخ لأن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك اذ هلك المعقود عليه فينفسخ العقد •

ب) ذهب رأى آخر الى أن العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ فى ذلك أن الدار بعد الانعدام بقيت منتفعا بها منفعة السكنى فى الجملة بأن يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه لأن وان فات كله لكنه فات على وجه يتصور عوده وهذا يكفى لبقاء العقد •

ويرتكن هذا الرأي الى المبدأ القائل ان العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفائدة لأن الثابت بيقين لا يزول بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك •

٣- ايقـاع الفسـخ :

اذا ثبت الحق فى الفسخ أو توافر موجب من موجباته أو حالة

(١٠٢١) كاسانى - المرجع السابق ج ٤ ص ١٩٦ وما بعدها •

من حالات الانفساخ فهل يجوز للمستأجر أن ينفرد به أم ان ايقاعه يحتاج لتدخل القضاء ؟ .

للاجابة على ذلك نفرق بين أمرين[١٠٢٢] :

الأول :

اذا كان العذر يوجب العجز عن المضى فى موجب العقد شرعا بأن كان المضى فيه حراما فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها كما فى الاجارة على قلع ضرس سكنت أو يد متآكلة برئت .

ولا يقدح فى ذلك أن يلجأ الطرفان أو أحدهما الى القضاء لان اللجوء له فى هذه الحالة لا يكون لطلب الفسخ وانما لتسوية الأمور المالية بينهما فى حدود ما تم تنفيذه من العقد المنفسخ ان كان قد نفذ فى بعض زمنه كمن استؤجرت لكنس مسجد ثم حاضت بعد مضى مدة من الاجارة تستحق عنها أجرا .

والقول بغير ذلك يعنى أن كل طرف يستمر فى تنفيذ العقد الى أن يفصل القضاء بينهما شيئا للحائض بدخول المسجد وهذا من أخطر أنواع الحرمة .

الثانى :

اذا كان العذر لا يوجب العجز عن المضى فى موجب العقد لكنه يتضمن ضررا ليس من مستلزماته فانه لا ينفسخ ولكن يثبت الحق

(١٠٢٢) كاسانى - المرجع السابق ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

فـــى الفســـخ •

ويثور التساؤل هل ينفرد من قام العذر فى جانبه بالفســــخ أم يلـزم لـذلـك تدخل القضاء ؟

توجد فى هذه المسألـة ثلاثـة آراء(١٠٢٣) :

أ) ذهب البعض آن للعاقد آن ينفرد بالفسخ لأن المنافع فى الاجـارة لا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض فى بـــاب البيع ويوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا •

ب) ذهب رأي آخر الى اشتراط كون الفسخ يتم بالتقاضى أو التراضـى لأن الخيار ثبت بعد تمام العقد فأشبه الرد بالعيب بعد القبض •

ج) فرق الرأي الثالث بين حالتيـــن :

الأولـــى :

اذا كان العذر ظاهرا فلا حاجة الى القضـاء •

الثـانيـة :

اذا كان العذر خفيا كالدين فيشترط للفسخ اللجوء الى القاضـــى ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه •

ويمكن أن نلحق بالحالة الأخيرة الأعذار التى تجيز الفسخ وترجع الى الأمور النفسيـة كالخوف من رجم الجان أو من مخاطر الطريق •

(١٠٢٣) المرجع السابق ـ نفس الموضع •

وانى أميل الى ترجيح الرأي الثانى وهو ضرورة ان يكـــــون ايقاع الفسخ بواسطة القاضي أو بالتراضى وذلك منعا للتنـــــازع وايغار الصدور لأن حل الرابطة العقدية عادة ما يكون على غيـــر هوى أحد الطرفين مما يجعله لا يرى فى العذر مبررا للفسخ وهنـــا يثور التنازع ولذلك يجب عدم ترك الأمر بيد المتعاقد الذي وقـــع العذر فـى جانبـه .

فان تراضيا على حل الرابطة العقدية كان لهما ذلك والا يجب اللجوء الى القاضى اذ يكون لحكمه من الهيبـة والاحترام ما يجعـل كلا الطرفين يمتثل له وينفذه دون ابطاء .

ـ٠ـ

المطلب الثالث

الصلح على الأوسط وتعديل أجرة الوقف والحكر

للأحناف نظرية كبيرة لمعالجة آثار تقلب قيمة النقود ومدى تأثيرها على الالتزام التعاقدي وقد تبلورت هذه النظرية في مجموعة رسائل ابن عابدين خاصة رسالته الثانية المسماة " تبنية الرقود على مسائل النقود " . والتى عالج فيها مسألة تقلب قيمة النقود وأعطى لها حلولا فريدة تتكافأ ان لم تتجاوز قيمتها اجتهادات فقهاء القانون الوضعى الحديث .

وليس هذا فحسب بل عالج الأحناف مسألة تغير القيمة الايجارية لعقدي الوقف والحكر .

وعلى ذلك نتناول بالكلام مسألة تغير قيمة النقود ثم نتبعها ببيان أحكام الوقف والحكر من زاوية زيادة أجرة المثل .

أولا : تقلب قيمة النقود والصلح على الأوسط(١٠٢٤) :

بداية يفرق ابن عابدين بين الفلوس والنقود .

فالفلوس هى الدراهم أو القروش المسكوكة من معادن النحاس والبرونز والحديد .

(١٠٢٤) أنظر مجموعة رسائل عابدين جـ ٢ ـ رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود من ص ٦٢ ـ ٦٨ طبعة ١٣٢٥هـ .

أما النقود فهى تلك العملة المتخذة من الذهب والفضة .

وقد خلص ابن عابدين من هذه التفرقة الى اخراج النقود من دائرة الخضوع لأحكام الظروف الطارئة نظرا لنفاسة معدنها وبالتالى تكون ثابتة القيمة بعكس الحال بالنسبة للدراهم والقروش (الفلوس).

وفى ذلك يقول ابن عابدين : " واياك أن تفهم ان خلاف أبى يوسف جار حتى فى الذهب والفضة كالشريفى والبندقى والمحمدي والكلب والريال فانه لا يلزم لمن وجب له نوع منها سواه بالاجماع فان ذلك الفهم خطأ صريح ناشىء عن عدم التفرقة بين الفلوس والنقود .

ويتضح من هذه التفرقة ويتأكد أن ابن عابدين لا يجيز تعديل العقد فى حالة النقود المصنوعة من الذهب والفضة نظرا لثبات قيمتها عكس الفلوس التى هى عرضة للتقلب السريع .

بعد هذه التفرقة التى انتهينا منها الى ان محل المعالجة هو الفلوس بنوعيها من دراهم وقروش ويمكن القول بأن معالجة تقلب قيمة الفلوس يتم من خلال ثلاثة فروض نتولاها تباعا مع بيان حل كل فرض على حدة .

الفرض الأول :

أن يترك الناس التعامل بهذه الفلوس مما يصيبها بالكساد أولم يتركها الناس بل كانت مختفية من السوق .

ولقد تفرق الأحناف ازاء اعطاء الحل لمثل تلك الحالة الى رأين رئيسيين وهما :

١- يرى الامام أبو حنيفة رضى الله عنه بطلان البيع فى هذه الحالة ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما ومثله ان كان قد هلك ٠

أما اذا لم يكن قد تم القبض من الأصل فلا حكم لمثل هذا البيع ٠

ويحتج الامام الأعظم لما ذهب اليه بأن الثمن يهلك بالكساد لأن الفلوس (الدراهم والقروش) الغالبة الغش أثمان باصطلاح لا بالخلقة واذا انتفى الاصطلاح انتفت المالية (١٠٢٥) ٠

٢- الرأي الثانى وهو للصاحبين محمد بن الحسن وأبو يوسف ويذهبان عكس الرأي الأول من أن البيع صحيح ولا يبطل ولكنهما اختلفا فى اعطاء الحل النهائى وكيفية تنفيذ المشتري لالتزامه ٠

أ) يرى أبو يوسف الزام المشتري بقيمة هذا المبيع وتحدد هذه القيمة بحسب ما كانت عليه يوم ابرام العقد ٠

ب) يرى محمد بن الحسن الزام المشتري بقيمة المبيع طبقا لآخر سعر للفلوس قبل تعرضها للكساد أو الاختفاء ٠

وقد احتج الصاحبان لمذهبهما فى صحة عقد البيع وعدم بطلانه

(١٠٢٥) غالب المعدن يعنى أن معدنها مختلط (مغشوش) بمعادن أخرى ٠

بأن الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع فى أوانه لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمن الرطب فى السنة الثانية .

الفرض الثانى :

أن تتغير قيمة الفلوس (الدراهم والقروش) ارتفاعا وانخفاضا من غير اختفائها أو كسادها .

ولقد ثار هذا الفرض للأحناف وهم بصدد عقد قرض فكان مناسبة لاعطاء تصورهم لكيفية حل هذه المشكلة على النحو التالى :

١- يرى الامام أبو حنيفة الزام المقترض فى عقد القرض برد ما قبض على سبيل القرض وذلك بعدده أي بعدد الفلوس .
فان كان قد اقترض مائة درهم فعلية رد هذا العدد بصرف النظر عن التغير فى القيمة .

٢- يرى أبو يوسف الزام المقترض برد قيمة الفلوس (الدراهم والقروش) المقترضة بالذهب وينظر فى حساب هذه القيمة يوم ابرام عقد القرض .

٣- يرى محمد بن الحسن الزام المقترض برد القرض على ضوء قيمته يوم اختلال هذه القيمة .

الفرض الثالث :

يتمثل هذا الفرض في اصدار الحاكم لأوامره أو قراراته والتى يكون من أثرها انخفاض قيمة الفلوس (القروش والدراهم) .

وقد فرق ابن عابدين بين أمريـــن :

الأول :

اذا شمل تخفيض القيمة عملة واحدة .

وهنا لا يخلو الأمر من أنها قد تحدد بنوعها أو لا تحدد .

١- اذا حددت بنوعها باتفاق الطرفين بأن اتفقا على أن يكـون السـداد بالدرهم مثلا .

في هذه الحالة اذا صدر الأمر بتخفيض قيمة الدرهم وقـام المشتري أو المقترض بسداد الثمن أو القرض بتلك العملة وجـب على البائع قبولها وليس له الامتناع بحجة نقص قيمتها .

٢- اذا لم يتفق المتعاقدان على الوفاء بعملة معينة بل ذكـرا القيمة فقط فيصح الوفاء بأية عملة أخرى غير تلك التـي انخفضت قيمتها طالما تكافىء ذلك مع القيمة المتفق عليهـا في العقـد .

الثانـي :

أن يشمل أمر السلطان تخفيض قيمة عدة أنواع من العملـة .

في هذه الحالة نجد أن الحل جد عسير ويحتاج لمزيد تروي وكبير أنـاة حتى يمكن التوفيق بين المصالح المتعارضة .

وعلى هدى مما ارتآه ابن عابدين حلا لهذه المسألة نسـوق المثال الذي عرضه واقترح فيه الحل اذ يقول : " أما اذا صـار ما كان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين ومن نوع آخر خمسـة

وتسعين ومن آخر ثمانية وتسعين فان ألزمنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اختص الضرر به وان ألزمنا المشتري بدفعه ثمانية وتسعين اختص الضرر به فينبغى وقوع الصلح على الأوسط " .

وهذا الحل الذي ساقه ابن عابدين يتقارب الى حد كبير مع الحلول الوضعية لأثر الظرف الطارىء فى عصرنا الحديث اذ يقوم القاضى على نحو ما رأينا برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

وهذا ما فعله ابن عابدين اذ لدينا ثلاث قيم للفلوس وهى تسعون ، خمسة وتسعون وثمانية وتسعون . والأصل المتفق عليه هو مائة .

فان أجبرنا البائع على قبول ما قيمته تسعون نكون قد أجحفنا به اذ سيتحمل فرق خسارة يقدر بعشرة .

وان أجبرنا المشتري على دفع ثمانية وتسعين نكون كذلك قد أصبناه بضرر لم يلتزمه بالعقد ويتمثل ذلك فى الفرق بين السعر الأدنى (تسعون) والسعر الأعلى (ثمانية وتسعون) فيكون حاصل الفرق ثمانية .

وفى هذه الحالة نأخذ بالحل الوسط فهو أحسن الحلول وأدناها للعدالة وبذلك لا نميل ناحية البائع ولا ناحية المشتري ويكون الوفاء بما قيمته خمسة وتسعون .

وبذلك يتحمل البائع خسارة قدرها خمسة (الفرق بين المائة والخمسة وتسعين) ويتحمل المشتري كذلك خسارة قدرها خمسة (الفرق بين التسعين والخمسة وتسعين) •

وبذلك تتوزع تبعة الحادث الطارئ على نحو أكثر عدالة •

ثانيا : تغير القيمة الايجارية للوقف :

للوقف أهمية كبيرة فى الشريعة الاسلامية نظرا لأنه باب من أبواب البر التى تدر المنافع على الفقراء والمحتاجين • ولذلك حظيت مسألة وقف الأعيان برعاية كبيرة من فقهاء المسلمين ومن بينهم فقهاء المذهب الحنفى •

ويهمنا أن نعالج اجارة الوقف من زاوية مدى تطبيق أحكام الظروف الطارئة عليها •

فمثلا لو أن مستأجر العين الموقوفه كان يدفع فى مقابل انتفاعه بها مبلغا معينا وبمرور الزمن تغيرت الأحوال الاقتصادية فزادت أجرة الأعيان التى تماثل العين الموقوفه •

حينئذ يثور التساؤل حول مدى اعتبار زيادة أجرة المثل بمثابة عذر يجيز فسخ اجارة الوقف من عدمه ؟ •

المبدأ العام لدى الأحناف وكما سبق ورأينا عند التعرض للأعذار وتطبيقاتها والتى لا تجيز الفسخ بالنسبة للعين المؤجرة هو عدم جواز الفسخ لأن زيادة أجرة المثل ليست من بين الأعذار التى

تسبب ضررا للمتعاقـــد .

الا أن الأحناف استثنوا من ذلك اجارة الوقف عندما تزيـــد أجرة المثل اذ يفسخ العقد فى هذه الحالة ويجدد فى المستقبل (١٠٢٩) .

والعلـــة من ذلك واضحة نظرا لأهمية الوقف بالنسبة لأنه مصدر الانفاق على الموقوف عليهم ويكاد يكون مصدر اعاشتهم الوحيـــد فاذا تغيرت الظروف الاقتصادية لدرجة هبوط قيمة النقد ممـــا أدى الى زيادة أجرة المثل بالنسبة للعين الموقوفه فان هذه الزيادة لا تقف عند حدالارتفاع بمقابل العين المؤجرة وانما تشمل كافـــة مظاهر النشاط الاجتماعى بما يعنى ارتفاع الاسعار والذي يستوجب فى المقابل ارتفاع قيمة ما يحصل عليه الموقوف عليهم حتـــى يستطيعوا مواجهة متطلبات الحياة .

وعلى ضوء هذا الحل الذي ساقه الكاسانى فى بدائعه فان لنـا أن نبدي الملاحظات الآتيـــة :

١- ليس للفسخ أثر رجعى بمعنى أن الأجرة القديمة منذ لحظـــة ابرام العقد حتى يوم الفسخ تظل كما هى بحسب الاتفاق وقـــت الابرام . مما يمكن معه القول بأن للفسخ أثر فوري بالنسبة للمستقبل فقـــط .

٢- يجب أن تكون الزيادة عامة أي فى مجموعة من الدور أو اراضى المماثلـــة .

(١٠٢٦) كاسانى - المرجع السابق ص ٢٠٠ .

أما اذا قام شخص بزيادة الأجرة تعنتا على مستأجر الوقف فلا ينطبق الحكم أي أن العقد لا ينفسخ بسبب تلك الحالة الفردية مما يمكن معه القول بأن ذلك يعد تطبيقا لوصف العمومية في الظرف الطارىء .

٣- جزاء الفسخ لا يكون الا اذا كان ذلك ممكنا . فلو أن الوقف كان عبارة عن أرض زراعية وكان بها زرع لم يستحصد فلا يفسخ العقد رعاية للمستأجر لأن قلع المحصول يسبب له ضررا يفوق الضرر الناجم عن الابقاء على الاجارة برغم تحقق موجب الفسخ .

ولقد ساق صاحب البدائع في هذه الحالة حلا عادلا فقرر بقاء الأجرة القديمة حتى وقت الزيادة وتستحق أجرة المثل من وقت الترك حتى وقت الحصاد (١٠٢٧) .

وهذا عن الوضع المتمثل في زيادة أجرة المثل . ويثور التساؤل حول الحل الواجب اتباعه في حالة ما لو انخفضت أجرة الوقف عن أجر المثل ؟ .

لقد تنبه صاحب البدائع لذلك الفرض وعالجه اذ يرى عدم جواز الفسخ في هذه الحالة .

ويحتج لذلك بأن المستأجر كان قد رضي بالاجرة الجديدة وزيادة عليها وهو الفرق بين المتفق عليه في العقد والاجرة الجديدة .

(١٠٢٧) كاساني - المرجع السابق - نفس الموضع .

ونوضح ذلك من خلال المثال الآتـى :

كان المستأجر يدفع أجرة سنوية تساوي مائة جنيه ثم بعد فترة انخفضت تلك الاجرة الى ستين جنيها فمعنى ذلك أن المستأجر كان يتحمل زيادة قدرها أربعون جنيها فى الفترة من وقت ابرام العقد حتى تاريخ خفض الاجرة وكان يؤديها راضيا فضلا عن ان التخفيض الجديد للاجرة ليس بأثر رجعى فلكل هذه الاعتبارات لا تنفسخ الاجارة (١٠٢٨) .

وان كان لنا كلمة نقولها فاننا نعترض على هذا الرأي لأن معالجته الأخيرة لا تنسجم مع المبدأ الذي برر به معالجة زيادة الاجرة فضلا عن تمرد هذا الحل على مبدأ الغرم بالغنم فاذا كان المستأجر يغرم بزيادة الاجرة قياسا على حال الدور المماثلة للدار أو العين المؤجرة فان الانصاف يقتضى أن يغنم من جراء التخفيض والعلة من ذلك واضحة فان كانت فى حالة الزيادة هى مساواة العين الموقوفه بمثلها من حيث زيادة الاجرة فتلك العلة متوافرة فى حالة خفض أجرة العين الموقوفه وهى مساواتها بما يماثلها من أعيان فهذا أدنى للعدل وأقرب لروح العلاقة التعاقدية .

ثالثا : تغير القيمة الايجارية للحكر :

حق الحكر من الحقوق القديمة فى الشريعة الاسلامية وهو يعطى للمحتكر حق الانتفاع على أرض موقوفه أو خربة أو فى حاجة لاصلاح

(١٠٢٨) المرجع السابق ـ نفس الموضع .

كبير يعجز عنه مالكها ٠

وحق الحكر معروف فى القانون المدنى المصري فقد نصت عليه المواد من ٩٩٩ ـ ١٠١٤ ٠

ولكن يوجد فارق بين الشريعة الاسلامية والقانون المدنى من حيث مدة الحكر فبينما هى قد تحدد بأجل معين أو تكون على وجه التأبيد فى الشريعة الاسلامية نجد أن القانون المدنى المصري فى مادته (٩٩٩) يقصر هذه المدة بما لا يجاوز ستين سنة ٠

وللوهلة الاولى نلحظ أن عقد التحكير يرد على المنفعة فهو قريب الشبه بعقد الايجار لأن ابرامه يكون بغرض الانتفاع بالعين المؤجرة ٠

ونعود للغرض الذي من أجله طرحنا مسألة الحكر على بساط البحث وهو زيادة أو نقصان أجرة مثل الاراضى المحكرة ٠ فهل تزداد أو تنقص أجرة الاراضى الاخيرة ؟ ٠

أجاب الاحناف عن ذلك بالايجاب الا أن صاحب مرشد الحيران قصر اجراء التعديل على حالة زيادة اجرة المثل فقط واشترط ان تكون الزيادة فاحشة (١٠٢٩) ٠

ومعنى ذلك ان انخفاض أجرة مثل الارض المحكرة لا تعدل ٠ وهذا ما اعترضنا عليه فى حالة خفض اجرة المثل بالنسبة للعين الموقوفة ٠

(١٠٢٩) مرشد الحيران ـ المواد ٦٩٠ ، ٦٩١ ، ٧٠٣ ٠

الفصل الرابع
نظرية الظروف الطارئة والنظريات القانونية الأخرى

من دراستنا السابقة لنظرية الظروف الطارئة وقفنا على أنها تفترض لتطبيقها أن عقدا ما قد أبرم في ظل ظروف معينة ثم طرأت ظروف استثنائية في وقت لاحق على ابرامه مما جعل تنفيذ الالتزامات المتولدة عن هذا العقد مرهقا لأحد الطرفين .

ورغم هذا الوضوح في معطيات الطوارىء الا أن الأمر ليس بهذه السهولة دائما اذ توجد نظم أو نظريات قانونية قد تتداخل مع النظرية محل الدراسة في بعض مظاهرها مما يجعل مسألة التمييز بينها أمر محتما وضروريا .

وعلى رأس هذه النظم القانونية نجد نظرية الاستغلال والقوة القاهرة وعقود الاذعان والغبن اللاحق وفي مجال العقود الادارية توجد الى جانب نظرية الظروف الطارئة - في مجال تنفيذ هذه العقود - نظريتا الصعوبات المادية وعمل الأمير مما قد يوجد نوعا من اللبس والاشتباه بينهما .

واذا كان الأمر كذلك في نطاق القانون الوضعى فهل عرف الفقه الاسلامى تلك النظريات أو بعضها ؟ واذا كانت الاجابة بالايجاب فما هو المفهوم الأسلامى لها ؟ .

لا شك أن الفقه الاسلامى قد عرف من هذه النظريات نظرية

الاستغلال والقوة القاهرة وعقود الاذعان وان لم يكن هناك تطابق في الاسم الا أن المضمون لا يختلف كثيرا .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : نظرية الظروف الطارئة والنظريات المشابهة لها .

المبحث الثاني : المفهوم الاسلامى لنظريات الاستغلال والقوة القاهرة وعقود الاذعان .

-.-

المبحث الأول
نظرية الظروف الطارئة والنظريات المشابهة لها

نقسم هذا المبحث الى ستة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : نظرية الظروف الطارئة والاستغلال .

المطلب الثانى : نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة .

المطلب الثالث : نظرية الظروف الطارئة وعقود الاذعان .

المطلب الرابع : نظرية الظروف الطارئة والغبن اللاحق .

المطلب الخامس : نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير .

المطلب السادس : نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية .

-•-

المطلب الأول
نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال

عرفت القوانين القديمة في العصور الوسطى نظرية الاستغلال فالمسيحية كانت تطالب رعاياها بالاعتدال في طلب المكاسب وتحرم النشاط الذي تجنى ثمرته على حساب الآخرين .

ولقد نادى رجال الكنيسة بضرورة التعادل بين التزامات كل من الطرفين فلا يصح للبائع أن يبيع بثمن مرتفع ولا يجوز للمشتري ان يشتري بثمن بخس ومن هذه المبادىء ظهرت قاعدة الثمن العادل .

ونتيجة لهذه القاعدة كان يجوز للشخص ـ في ظل القانون الكنسى ـ الذي غبن في العقد أن يطالب بفسخه لهذا السبب(١٠٣٠) .

أما فى القوانين الحديثة فقد شاد مشر عو الدول لنظرية الاستغلال صرحا كبيرا جعل منها نظرية متفردة بين نظريات القانون .

ولبيان مدى ما بين نظرية الاستغلال والظروف الطارئة من تقارب أو تباعد يجب أولا القاء الضوء على نظرية الاستغلال في المامه سريعة نستخلص بها الاطار العام لهذه النظرية(١٠٣١) .

(١٠٣٠) د. صوفى حسن أبو طالب ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٦ .

(١٠٣١) لمزيد من التفصيل : د. توفيق حسن فرج ـ نظرية الاستغلال في القانون المصري ، طبعة سنة ١٩٥٧ ـ رسالة دكتوراه ، أسعد الكورانى ـ الاستغلال والغبن في العقود ـ بحث مقارن، مجلة المحاماة السنة ٤١ ـ العدد (٦) فبراير سنة ١٩٦١ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت ـ المرجع السابق ص ١٧٧ ،د. عبد المنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ص ٢١٨ ،د. عبد الحى حجازي ـ أمراض العقد ص ٢٢ .

تنص المادة (١٢٩) من القانون المدنى على أنه : " ١- اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

٣- ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الأبطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن " .

وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن : " نظرية الطوارىء غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالزام فقد يكون سببا في بطلانه أوفى انقاصه على الأقل "(١٠٣٢) .

ويبين من نص المادة (١٢٩) السابق أنه يشترط في الاستغلال كى ينتج أثره توافر أربعة شروط :

(١٠٣٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٨١ .

١- اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا أو انعدام المقابل أصلا .

٢- وجود طيش بين أو هوى جامح أو عدم خبرة أو ضعف ادراك لدى المتعاقد المغبون .

٣- قصد المتعاقد الآخر استغلال هذا الطيش البين أو الهوى الجامح .

٤- ابرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال .

والاستغلال - كنظرية - حديث النشأة ويعتبر القانون اللبناني هو أول القوانين العربية أخذا بهذه النظريه يليه القانون المصري فالسوري والليبى وأخيرا القانون العراقى(١٠٣٣) الا أن القانون اللبنانى لا يسمح بالطعن بالاستغلال الا فى عقود المعاوضة فقط دون عقود التبرع(١٠٣٤) وهذا أمر منطقى لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ فلا يتصور غبنه . الا أن نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية (عقود الغرر) فبرغم أن هذه العقود قد تنطوي على خسارة محققة لأحد طرفيها الا أنه يمكن تطبيق أحكام الاستغلال عليها مثال ذلك أن يصدر بيع من شخص طاعن في السن في مقابل ايراد مرتب لمدى حياته غير متناسب مع غلة المبيع(١٠٣٥) .

وهذا ما أكدته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني بقولها : " وتحسن الاشارة الى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز

(١٠٣٣) أسعد الكورانى - المرجع السابق ص ٩٢٥ .
(١٠٣٤) د. عبد المنعم البدراوي - النظرية العامة للالتزامات ص ٢٨٩ هامش (١) .
(١٠٣٥) د. عبد المنعم البدراوي - عقد البيع في القانون المدني ص ٢١١ بند ١٤٦ ، ص ٢٢١ بند ١٥٣ .

أن يطعن فيها على أساس الغبن اذا اجتمع فيه معنى الأفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه[(١٠٣٦)] .

وهذا ما نص عليه صراحة القانون اللبناني في المادة (٢١٤) اذ قرر أن : " العقود الاحتمالية ذاتها قابلة للابطال بسبب الغبن[(١٠٣٧)] .

والاستغلال أمر نفسي يختلف عن الغبن - كنظرية مادية وقد سبق لنا التعرض لذلك عند تناول أساس النظرية في القانون المدني[(١٠٣٨)] .

ويبقى بعد ذلك بيان أوجه التقارب والتباعد بين النظريتين:

أوجه الالتقاء بين النظريتين :

يمكن القول بأن هناك أوجه للالتقاء بين النظريتين ويتضح ذلك فيما يلى :

١- تقوم كلا النظريتين باعادة التوازن المختل فى الالتزامات العقدية .

ففى نطاق نظرية الظروف الطارئة نجد أن الميزان الاقتصادي للعقد قد اختل فيقوم القاضى برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

وفى نظرية الاستغلال يقوم القاضى باعادة التوازن اما بابطال

(١٠٣٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ٢ ص ١٩١ .
(١٠٣٧) مشار اليه : د. السنهوري - الوسيط - العقد ص ٤٨٧ هامش(١) .
(١٠٣٨) انظر ص ١٠٨ من الرسالة وما بعدها .

العقد أو انقاص التزامات المتعاقد المغبون لكى تتعادل مع التزامات الطرف الآخر .

٢- ووجه الشبه الثانى نتيجة منطقية للوجه الأول اذ أن مهمة القاضى عند تطبيق أحكام كلا النظريتين لا تقف عند حد واجبه التقليدي وهو الوقوف عند حد تفسير ارادة طرفى العقد وانما تتجاوز ذلك للنيل من مقدرات هذا العقد مع تفاوت فى مدى هذه السلطة .

ففى ظل الظروف الطارئة تقف سلطته - على نحو ما رأينا - عند حدود الالتزام المرهق الى الحد المعقول . أما عند تطبيق أحكام نظرية الاستغلال فالقاضى قد يصل بمعوله الى حد هدم كيان العقد وابطاله وهذا ما أكدته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى (١٠٣٩) .

٣- يترتب على كلا النظريتين اصابة المتعاقد بحالة لم يلتزمها بالعقد ففى الظروف الطارئة يصاب المتعاقد بالارهاق الذي نجم عن الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة .

وفى نظرية الاستغلال يصاب المتعاقد بنوع من الغبن أو الظلم لأمر خارجى عن العقد وهو استغلال الطرف الآخر لحالة الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المغبون مما ينتج عنه اصابة الأخير بنوع من الأرهاق يتمثل في التفاوت الصارخ في التزامات كلا الطرفين .

(١٠٣٩) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٨٢ .

ثانيا : أوجه التباعد بين النظريتين :

١- قد يشترك الطرف الغابن مع القاضى فى تحديد مصير العقد بأن يعرض على القاضى اعادة التوازن لالتزامات العقد فان أقتنع القاضى بذلك وقدر انه يكفى لاعادة التوازن فان العقد يستمر وتنقشع عنه غمامة الابطال التى كانت تهدده .

وعلى العكس عند تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة فانه ليس لكلا الطرفين ان يملى رأيا على القاضى بل للأخير الكلمة الفصل في هذا الموضوع .

الا انه يلاحظ أن القانون الايطالى - كما سبق وأشرنا - يتيح للمتعاقد الآخر أن يتدخل لتوجيه مصير العقد بقوله : " للمتعاقد الآخر آن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة " . (م ١٤٦٧ مدنى ايطالى) .

٢- الاستغلال عيب من عيوب الرضا يجب أن يقع معاصرا لابرام العقد(١٠٤٠) أما الظروف الطارئة فهى ليست كذلك اذ أنها واقعة مادية أو قانونية غير منسوبة لارادة أحد الطرفين فضلا عن أنها تحدث - حتى يعتد بها - بعد ابرام العقد وقبل بدء التنفيذ أو قبل تمامه(١٠٤١) .

(١٠٤٠) د. محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ص ١٨٥ .

(١٠٤١) عادل علوية - المرجع السابق ص ٢٥٤ ، أسعد الكروانى - المرجع السابق ص ٩٣١ .

٣- يرتبط الاستغلال بسوء نية الطرف المستغل وذلك للحصول على منفعة تجاوز الحد المعقول على حساب المتعاقد الآخر - اذ تتجه ارادته - عن عمد - الى اتمام العقد في ظل الظروف النفسية التى تكتنف الطرف المغبون والتى تتمثل في اندفاعه الطائش نحو ابرام العقد أو ولعه الشديد لابرام الصفقة ظنا منه أنه الفائز مع انه ليس كذلك • وهذا أمر يمكن أن يحدث في الظروف الاقتصادية العادية أو المتقلبة[(١٠٤٢)].

أما الظروف الطارئة فلا دخل لها في مسألة حسن النية أو سوئها حتى أنه لا يبحث عن ذلك أصلا لأن الواقعة الطارئة لايد لأحد المتعاقدين في حدوثها ثم انها من العمومية والاشتهار بحيث لا يمكن معه القول بأن أحد الطرفين تكتم أمرها وحجبه عن الطرف الآخر •

٤- بالنسبة للاثبات فيوجد التفاوت بين اثبات الاستغلال والظروف الطارئة • ففى الاستغلال تكون مهمة الاثبات شاقة فهى تقع على الطرف المغبون فعلية أن يثبت الوقائع التى أثرت على رضائه ودفعته الى قبول التعاقد وهى طيشه البين الظاهر أو هواه الجامح[(١٠٤٣)] مع ملاحظة أن هناك نوع من الغبن المألوف مسموح به في المعاملات فيجب اذا على المغبون أن يثبت أن غبنا وقع عليه

(١٠٤٢) د• محمد عبد الجواد - الغبن اللاحق والظروف الطارئة ص١٧٧•
(١٠٤٣) أحمد سالم الشورى - القاضى - الاستغلال - المحاماة السنة ٣٥ العدد (٢) ص ٣٨٥ وما بعدها •

من النوع الذي يأباه كل ذي ذوق سليم [١٠٤٤] وتتأذى به المعاملات بدرجة تتكافأ مع الجزاء المنتظر له وهذا أمر شاق وصعب ووجه الصعوبة أن عناصر الاستغلال فيها من الأمور النفسية التى تحتاج كى تتجسد في الواقع الخارجى الى معطيات دقيقة وجهد مضنى يحمل المغبون من أمره عسرا .

أما اثبات الظرف الطارئ فهو أمر أخف وطأة اذ هو لا يخرج عن كونه واقعة مادية أو قانونية فان كانت الاخيرة كتشريع مثلا فهذا أمره من اليسر لدرجة يسهل معها الاثبات .

أما ان كان الحادث الطارئ واقعة مادية فهى ستكون من العمومية بحيث يكون أمرها غير خاف على أحد ويمكن للقاضى ان يستعين للتحقق من وجود الحادث الطارئ بأهل الخبرة .

ومحصلة ما سبق أن المدعى لا يقف وحده – بصدد اثبات الظرف الطارئ – في ميدان الاثبات بل يتعاون معه الجميع للوصول الى الحقيقة ولعل هذا الأمر هو الفارق البين لتحديد مدى يسر الاثبات أو عسره .

–•–

(١٠٤٤) د. توفيق حسن فرج – المرجع السابق بنود ٨٢ ، ٩١ ، ١١٤، ١١٥ .

المطلب الثانى
نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

تعريف القوة القاهرة :

عرف بعض الفقهاء القوة القاهرة بأنها : " كل فعل لاشأن لارادة المدين فيه ولم يمكنه توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلا "(١٠٤٥) .

والحقيقة أن القوة القاهرة بوصفها سبيلا من سبل انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه لم ترد في القانون المدنى في نص واحد وانما وردت في نصوص متفرقة فتنص المادة (١٦٥) من القانون المدنى على انه : " اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو أتفاق على غير ذلك " .

وتنص المادة (٢١٥) من ذات القانون على انه : " اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى

(١٠٤٥) د. حسين عامر ـ القوة الملزمة للعقد ص ٤١٢ .

تنفيذ التزامه " .

ولقد ساقت محكمة النقض أمثلة للقوة القاهرة فقالت فى أحد أحكامها :"القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (١٦٥) من القانون المدنى تكون حربا أو زلزالا أو حريقا كما قد تكون أمرا اداريا واجب التنفيذ بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع وينقضى بها التزام المدين من المسئولية العقدية وتنتفى بها علاقة السببيه بين الخطأ والضرر في المسئولية التقصيرية فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين"(١٠٤٦) .

من النصين السابقين وحكم النقض نستطيع الوقوف على الأوصاف الواجب توافرها في الحادث حتى يعد من قبيل القوة القاهرة .

وقبل أن نتناول ضوابط الحادث الجبري نلفت النظر الى انه لا توجد حوادث تعد بحكم طبيعتها حوادث جبرية وأخرى لا تعد كذلك اذ المتفق عليه ان الحادث يعد جبريا بالنظر الى أوصاف معينة فيه اذا انتفت كلها أو بعض منها فلا يمكن القول بأن هذا الحادث جبري فالحرب والثورة والاضراب والحريق وانفجار الآلات تعتبر حوادث فجائية عند توافر أوصاف الحادث الجبري فيها ولا تعد كذلك عند فقدها لتلك الأوصاف كلها أو بعضها"(١٠٤٧) .

واذا كان من المسلم أن التشريع وهو من أعمال السلطة يعتبر حادثا طارئا اذا وقف أثره عند حد الأرهاق فانه يعد

(١٠٤٦) نقض مدنى ١٩٧٦/١/٢٩ – م نقض م – ٢٧ – ٣٤٣ – محمد كمال عبد العزيز ص ٥٦٣ .

(١٠٤٧) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٣٦٧ .

قوة قاهرة اذا تجاوز أثره ذلك بأن أضحى التنفيذ معه مستحيلا[(١٠٤٨)]

أما عن أوصاف الحادث الجبري فيمكن اجمالها في أربعة : اذ يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه وألا يكون نتيجة فعل المدين أو خطئه وأخيرا يجب أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . ونتولى هذه الأوصاف بقليل من التفصيل على النحو التالي[(١٠٤٩)] :

١- ان يكون الحادث غير متوقع :

فيجب ألا يتوقع المدين الحادث القهري والمعيار في هذه الحالة موضوعي بمعنى أن عدم التوقع يقاس من منظور أوسط الناس يقظة وتبصرا بالأمور .

وعدم التوقع في المسئولية العقدية ينظر اليه وقت ابرام العقد في حين أنه في المسئولية التقصيرية ينظر اليه وقت وقوع الحادث ذاته .

٢- أن يستحيل دفع الحادث :

ويقصد باستحالة الدفع أن يكون من المستحيل تجنب آثار الحادث

(١٠٤٨) د. سمير تناغو - شرح قانون الاصلاح الزراعى ص ١٩٥-١٩٦ .

(١٠٤٩) لمزيد من التفصيل أنظر : د. حسين عامر - القوة الملزمة للعقد ص ٤١٢ وما بعدها . عبد العزيز سليمان - الحرب ومدى أثرها في الالتزامات الناشئة عن عقد الايجار - المحاماة السنة ٢٠ ص ٧١٣ (وقد تعرض الباحث للحرب كقوة قاهرة مؤثرة على الالتزامات التبادلية .) ، د. عبد الحى حجازي - نظرية الاستحالة ، المحاماة السنة ٤٧ العدد الاول ص ١٩٠ .

ولو بتضحيات كبيرة .

فلو تعهد تاجر بتوريد سلعة معينة كانت ترد اليه بصفة ثابتة من دولة معينة ثم نشبت حرب بين هذه الدولة ودولة أخرى ترتب عليها تعذر قيامه بجلب السلعة من هذه الدولة فالحرب في هذه الحالة تعد قوة قاهرة اذا كانت هذه الدولة تحتكر انتاج السلعة دون غيرها من الدول أما اذا كان بالامكان استيراد السلعة من دولة أخرى فانه ينتفى عن الحرب وصفها بأنها قوة قاهرة لأمكان دفع أثرها بتنفيذ الالتزام من خلال استيراد السلعة من دولة ثانية .

٣- **ألا ينسب الحادث القهري للمدين :**

ومعنى ذلك أنه يجب ألا يتسبب المدين في الحادث أي أن يكون أجنبيا عنه وخارجا عن ارادته .

فلو تأخر المدين في تنفيذ التزامه رغم اعذاره حتى استحال عليه التنفيذ بعد ذلك فلا يمكن القول بعد ذلك بأن المدين بصدد حادث جبري يزيح عن كاهله الالتزام بالتنفيذ .

وعلى العكس من ذلك لو صدر أمر من السلطات باخراج الشىء محل الالتزام من دائرة التعامل .

٤- **صيرورة تنفيذ الالتزام مستحيلا :**

والمعيار هنا موضوعى بمعنى أنه يجب أن تكون الاستحالة مطلقة يعتد فيها بقدرات الرجل العادي اذا وجد في مثل ظروف المدين .

والاستحالة اما مادية كهلاك الشئ المطلوب تسليمه وقد تكون معنوية كتلف الأحبال الصوتية لمطرب التزم بالغناء في حفل معين أو موت انسان عزيز عليه بدرجة تجعله لا يستطيع الغناء بالكفاءة المطلوبة .

بعد أن قدمنا بكلمة موجزة عن القوة القاهرة نستطيع ان نعقد مقارنة بينها وبين نظرية الظروف الطارئة لنقف على نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما .

أولا : أوجه الالتقاء بين النظريتين :

ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى أنه : " لما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها(١٠٥٠) .

ويؤكد ما ورد في الأعمال التحضيرية أن هناك أوجه التقاء بين النظريتين بالفعل تمثل حائطا مشتركا بينهما دون أن يؤدي ذلك الى الخلط أو التطابق ويمكن اجمال تلك النقاط فى الآتى(١٠٥١) :

١- من حيث المنشأ :

فالحادث الذي يمكن وصفه بالظرف الطارئ هو ذاته ما يمكن

(١٠٥٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٢٨١ .

(١٠٥٠) د. محمد عبد الجواد - شرط الارهاق ص ٥٥٧ ، د. حامد زكى - عقد التوريد وتغير الظرف الفجائى ص ٩٩ .

تسميته بالقوة القاهرة فقد سبق أن قدمنا بأن الحرب يمكن أن تكون قوة قاهرة اذا انتج عنها استحالة تنفيذ الالتزام أما اذا وقف أثرها عند حد امكان تنفيذ الالتزام ولكن بارهاق يهدد المدين بخسارة فادحة صارت الحرب ظرفا طارئا .

٢- وقت الاعتداد بالحادثين :

لا يعتد بأثر القوة القاهرة ولا بالظرف الطارىء الا اذا كان كل منهما غير متوقع وقت ابرام العقد حتى لو أمكن توقعه بعد هذا الابرام وذلك أمر منطقى اذ يشترك كلا الحادثين بأنهما يتحققان عن طريق المفاجأة والحتم .

المفاجأة لأن كلاهما غير متوقع والحتم يتمثل في لزوم اتيان كل من الحادثين لأثره اذ لا سبيل لدفع هذا الأثر .

٣- أثر كلا الحادثين على تنفيذ الالتزام :

يعتبر كل من الحادثين معوقا من معوقات تنفيذ الالتزام على نحوه الطبيعى وان كان أثر القوة القاهرة أبلغ مدى من الظرف الطارىء ففى الأخير يقف الأمر عند حد اعادة النظر فى التزامات العقد لردها الى الحد المعقول لتخفيف الارهاق عن كاهل المدين في حين أن القوة القاهرة تصل بالالتزام الى حد اعدامه وانهاء الرابطة العقدية .

ثانيا : أوجه الافتــراق بين النظريتين :

بعد بيان أوجه الالتقاء نرى أن النظريتين بعد ذلك لا يوجد بينهما من العلاقة شروى نقير اذ هما مفترقتان ولهذا الافتراق مظاهر يمكن اجمالها في الآتــي :

١- استغــراق الحـــدث :

رأينا أن كلا من التقنين الايطالى والبولندي لم يأخذا بشرط العمومية صفة للظرف الطارىء ومفاد هذا الشرط أن يستغرق الحـــدث طائفة من الناس ولا يكون وقفا على المدين وحده ولو كان الأمر قد وقف عند هذا الحد في التقنين المدنى المصري لقلنا أن هذه تعـــد نقطة التقاء جديدة بين النظريتين الا أن المشرع المصري قد آثـر - رغبة منه في تضييق نطاق النظريـة - أن يأخذ بالعمومية وصفا للظرف الطارىء وبذلك تبدو لنا أولى نقاط الافتراق •

فبينما يشترط هذا الوصف فى الظرف الطارىء نجد أن نظريـــة الحادث الجبري تهمله ولا تلتفت اليه وتسبغ حكمها على من ألمـــت به حوادث جبرية ولو كان وحده الموصوف بذلك وبعبارة أخـــرى يكتفى - لانزال حكم الحادث القهري - بأن يقع حادث فردي خـــاص لا يتعدى أثره شخص المديـن •

٢- نطاق النظريتين :

يتحدد نطاق النظريتين بالمقارنة بينهما من ثلاثة وجـــوه على النحو التالى :

أ) نوع المسئولية التى تطبق بشأنها أحكام النظريتين :

لا شك أن نظرية الحوادث الطارئة لا تطبق الا اذا كنا بصدد عقد بين شخصين على التفصيل السابق بيانه عند الحديث عن نطاق النظرية • وعلى ذلك لا مجال لتطبيق أحكامها اذا كنا بصدد قيام مسئولية الشخص على أساس خطأ تقصيري •

وعلى العكس من ذلك نظرية القوة القاهرة ففضلا عن انطباق أحكامها فى مجال المسئولية العقدية الا أنها كذلك تطبق فى مجال الأخطاء التقصيرية •

ففى مجال المسئولية العقدية تنص المادة (١٥٩) من القانون المدنى على أنه : " فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه أنقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " •

واستحالة التنفيذ المقصوده من السياق في هذه الحالة هى التى تكون بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه (١٠٥٢) ولا شك أن القوة القاهرة هى أهم مظاهر السبب الأجنبى •

وفى مجال المسئولية التقصيرية توجد تطبيقات لا حصر لها منها على سبيل المثال ما ورد بالمادة (١٦٥) من القانون المدنى والتى تقرر المبدأ فى هذا المجال فهى تعفى الشخص الذي تسبب

(١٠٥٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٣٢٨ ٠

فى الاضرار بغيره اذا أثبت أن الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة •

مثال ذلك : أن تهب ريح عاتية تجعل الشخص غير قادر على السيطرة على اتزانه فيصطدم بآخر فيحدث له أضرارا جمة أو تفلت أشياء من يده تصيب غيره بأضرار • كذلك في مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدنى) عما يسببه من أضرار للغير والتى تقوم على أساس افتراض الخطأ الذي لا يقبل اثبات العكس بمعنى أنه لا يقبل من الحارس اثبات عدم تقصيره أو اهماله أو أن الحادث كان سيقع مهما بذل من عناية الا أنه رغم ذلك يستطيع الفكاك من هذه المسئولية باثباته أن هذا الضرر يرجع لسبب أجنبى كقوة قاهرة•

وأيضا بالنسبة لحارس الأشياء (م ١٧٨ مدنى) والذي تقوم مسئوليتة كذلك على أساس الخطأ المفترض اذ يستطيع الافلات منها باثباته أن الضرر يرجع لسبب أجنبى والذي تعد القوة القاهرة من أهم تطبيقاته(١٠٥٣) •

وقد أجملت محكمة النقض الأحكام السابقة بقولها : " القوة القاهرة بالمعنى الوارد فى المادة (١٦٥) من القانون المدنى تكون حربا أو زلزالا أو حريقا ••• بشرط أن يتوافر فيها استحالة

(١٠٥٣) لمزيد من التفصيل أنظر : د• محمد لبيب شنب – دروس فى نظرية الالتزام ص ٣٩٧ •
د• جميل الشرقاوي – المصادر غير الارادية ص ٧٧ ومابعدها
د• السنهوري – المجلد الثانى – العمل الضار والاثراء بلا سبب ص ١٤٨٢ •

التوقع واستحالة الدفع وينقضى بها التزام المدين من المسئولية العقدية وتنتفى بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين (١٠٥٤) .

ب) طبيعة العقد :

حينما نقارن بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة يثور تساؤل هام انطلاقا من خلفية تاريخية ويدور حول مدى امتداد مجال النظريتين ليشمل العقود المدنية والادارية على حد سواء ؟ .

لا جدال فى أن الاجابة على هذا التساؤل تختلف بحسب ما اذا كنا نتلمسها في ظل التشريع الفرنسى عنه في التشريع المصري .

ففى مجال التشريع الفرنسى تختلف الاجابة كذلك حسب نوع القضاء اذ فى ظل القضاء الاداري فالمجال مفتوح لاعمال حكم النظريتين وعلى العكس من ذلك في ظل القضاء المدنى اذ تطبق أحكام نظرية القوة القاهرة فحسب دون الظروف الطارئة التى لم يعترف بها المشرع المدنى أو قضاؤه حتى الآن .

فاذا تيممنا شطر التشريع المصري نجد أن كلا من النظريتين يتسع مجالهما ليشمل - فضلا عن العقود الادارية - العقود المدنية كذلك .

(١٠٥٤) نقض مدنى ١٩٧٦/١/٢٩ - م نقض م - ٢٧ - ٣٤٣ - محمد كمال عبد العزيز ص ٥٦٣ .

ج) محـــل الالتـــــزام :

ينظر هنا للشيء محل الالتزام بحسب ما اذا كان مثليـــــا أم قيميا . فاذا هلك الشيء بقوة قاهرة وكان قيميا معينـــــا بذاته استحال تنفيذ الالتزام وتحرر المدين منــه .

أما اذا كان الشيء مثليا فالمثليات لا تهلك اذ يمكــــــن استبدالها بمثلها فيستطيع المدين الحصول على مثله من السوق .

ولقد قضى بأن : " سرقــة أخشاب من مخازن الملتزم بتوريـد أخشاب لا تصلح سببا لاحتجاجه بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيـــذه لأن الالتزام في هذه الحالة ينصب على أشياء مثلية يقوم بعضهـــا في الوفاء مقام البعض ولا تعد السرقة حينئذ قوة قاهرة أو سببـــا أجنبيا ينقضى به الالتزام(١٠٥٥) .

فالأشياء المثلية كما نصت عليها المادة (٨٥) من القانـــــون المدنى هى : " التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن" . أما الشيء القيمى فهو ما ليس كذلك أي الأشياء التى لا يقوم بعضها

(١٠٥٥) استئناف القاهرة في ١٩٦١/١١/٢٢ ـ المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢١ ص ١٥٩ .

مقام بعض عند الوفاء[١٠٥٦] .

أما عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا أهمية لتلك التفرقة إذ المناط في إعمال حكمها هو الإرهاق فحسب .

٣- الاتفاق على المخالفة :

انتهينا عند معالجة أثر الظرف الطارئ الى أن نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدنى نص آمر لا يجوز الاتفاق مقدما على استبعاد حكمه وأوضحنا أن حدود هذا الأمر تقف عند حد فترة ابرام العقد .

أما بالنسبة للقوة القاهرة فان المشرع قد أجاز الاتفاق المسبق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م٢١٧ مدنى) .

وقد أكدت محكمة النقض ذلك بقولها أن : " الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام كما أن عقد

(١٠٥٦) لمزيد من التفصيل في تقسيم الأشياء وما يترتب على ذلك من آثار أنظر : د. أحمد شرف الدين - مقدمة القانون المدنى (نظرية الحق) طبعة سنة ١٩٨٧ ص ٢٨٠ ، د. أسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق طبعة سنة ١٩٥٨ ص ٢٨٠ ، د. أحمدسلامة - المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثانى - نظرية الحق طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٢٣٥ ، د. حسام الدين كامل الأهوانى - أصول القانون طبعة سنة ١٩٨٨ ص ٦١٥ ، د. عبد الودود يحيى - المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق ، طبعة سنة ١٩٦٩ ص ١١٩.

الايجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الاذعان[١٠٥٧].

كذلك يجوز الاتفاق على تحمل متعهد النقل هلاك البضاعة بقوة قهرية[١٠٥٨].

٤- أثـر الحـادث :

يترتب على الحادث الطارىء اصابة المدين بارهاق لا يصل حد الاستحالة ويهدده بخسارة فادحة - فهو يستطيع تنفيذ التزامه ولكن مع شىء من الصعوبة في حين أن المدين ازاء القوة القاهرة يستحيل عليه التنفيذ استحالة مطلقة.

وحول هذا المعنى قضى بأن : " الحادث العارض الذي يجعل التنفيذ مرهقا للملتزم فحسب كارتفاع أثمان المبيعات موضوع عقد التوريد ارتفاعا باهظا لا يؤدي الى انقضاء الالتزام وابراء ذمة الملتزم منه فاذا كان الحكم المستأنف قد انتهى الى أن الحرب الكورية ليست قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام بتوريد سكر من فورموزا مستحيلا استحالة مطلقة استنادا الى ما أبداه الملتزم من استعداده لتوريد السكر محل الالتزام بسعر مرتفع فان الحكم لا يكون قد خالف القانون[١٠٥٩].

(١٠٥٧) نقض مدني ١٩٥٨/١١/١٣ - م نقض م - ٩-٦٨٩ - محمد كمال عبد العزيز ص ٧٩٥ .

(١٠٥٨) نقض مدني ١٩٤٥/١٠/٢٩ - م ق م - ١٠٩-٨٤٩ - محمد كمال عبد العزيز ص ٧٩٥ .

(١٠٥٩) استئناف القاهرة في ١٩٦١/١١/٢٨ - المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢٦ ص ١٩٧ .

يضاف لذلك أن الحادث الطارىء يؤثر في التزامات العقد تأثيرا مؤقتا اذ كما سبق وقلنا أن الضرورة تقدر بقدرها بمعنى أن معالجة أثر الظرف الطارىء تقتصر على الفترة الزمنية التي يستمر فيها الظرف الطارىء فاذا انقشعت غمامته عاد الالتزام العقدي سيرته الاولى .

أما اذا حلت بالمدين قوة قاهرة أضحى بسببها التزامه مستحيل التنفيذ فان العقد ينفسخ بقوة القانون بدون حاجة الى اعذار أو حكم قضائى ويصبح العقد أثرا بعد عين .

وقد قضت محكمة النقض بأنه : " متى صار تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فانه ينقضي واجب هذا الطرف في تنفيذه وينفسخ العقد حتما بقوة القانون ويعود كل طرف الى حالته قبل التعاقد (وكان السبب الأجنبى في هذه القضية هو قيام الحرب العالمية الثانية وقطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانيا مما استحال معه تنفيذ عقود تصدير كميات من القطن الى بيوت التجارة الألمانية (١٠٦٠) . وبأن : " المقصود بالاستحالة التى ينقض بها الالتزام هى الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعة أو التحرز منه " (١٠٦١) .

(١٠٦٠) نقض مدنى ١٩٥٩/١١/١١ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ ص ٦٧٧ .

(١٠٦١) نقض مدنى ١٩٥٦/٦/٢٨ – مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩ .

٥- تبعة الحادث :

اذا كنا ازاء قوة قاهرة فان أثرها هوانقضاء الالتزام أما من يتحمل تبعة هذا العقد فاننا نفرق بين العقد الملزم لجانبين وذلك الملزم لجانب واحد .

أ) فى العقد الملزم لجانبين يتحمل المدين تبعة الحادث الطارىء لأنه لا يستطيع مطالبة الدائن بشىءفالخسارة يتحملها هو فى النهاية وهو ما يسمى بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم لجانبين .

ب) في العقد الملزم لجانب واحد يتحمل الدائن تبعة الحادث القهري . فمثلا اذا هلكت الوديعة لدى المودع لديه لقوة قاهرة فان المودع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك(١٠٦٢) .

على أن هناك من الفقهاء(١٠٦٣) ما يفرق بين تبعة العقد وتبعة الشىء .

أما تبعة العقد فهى المفهوم السابق والذي تناولناه منذ برهة قصيرة .

أما تبعة الشىء وهى الخسارة التى تتمثل في ضياع قيمة الشىء بسبب هلاكه والأصل أن تبعة هلاك الشىء على مالكه .

ففى عقد الوديعة بأجر اذا هلكت الوديعة بقوة قاهرة أنقضى التزام المودع لديه بالرد وسقط أيضا عن المودع التزامه بدفع

(١٠٦٢) د. السنهوري - الوسيط - العقد - ص ١٠٢ - ١٠٣ .
(١٠٦٣) د. عبد المنعم البدراوي - المصادر - ص ٥١٢ - ٥١٣ .

المقابل فتبعة العقد هنا على المدين الذي يفقد حقه في الأجر ٠

أما تبعة هلاك الشيء فهي على المودع بصفته مالكا اذ هو الذي يتحمل الخسارة المتمثلة في ضياع قيمة الشيء ٠

أما تبعة الحادث الطارىء فتتمثل في توزيع عبء هذا الحادث على كلا المتعاقدين بعد استنزال مقدار الخسارة المألوفه واضافتها الى جانب المدين ثم يوزع ما زاد على المألوف مناصفة بين كليهما ٠

-٠-

المطلب الثالث
نظرية الظروف الطارئة وعقود الاذعان

عقد الاذعان هو العقد الذي يبرم بين طرفين يملى أحدهما شروطه على الآخر الذي لا يملك الا أن يقبل تلك الشروط أو يرفضها دون أن تكون لديه حرية المساومة على هذه الشروط[١٠٦٤] .

واذا كان مبدأ سلطان الارادة هو قوام نظرية العقد والذي يتيح لكل متعاقد مناقشة الطرف الآخر بحرية تامة حول شروط العقد الا أنه ونتيجة للتطور الاقتصادي والتحول من نظام الاقتصاد الصغير الى النظام الاقتصادي القائم على احتكار انتاج سلع وخدمات معينة فقد ضاق نطاق عقود المساومة الحرة ليظهر نوع من العقود لا يملك ازاءه من يريد التعاقد الا أن يسلم بشروط الطرف المحتكر القوي ويقبلها جملة دون مناقشة أو يرفضها جملة فلا يستطيع أن يطلب حتى تعديل شرط واحد من شروط العقد .

ومن الأمثلة الواضحة على هذه العقود الاتفاقات التى تتم بين الأفراد وبين شركات المياه والكهرباء أو مع مصلحة البريد

(١٠٦٤) لمزيد من التفصيل أنظر / د. عبد المنعم فرج الصدة – عقود الاذعان فى القانون المصري – رسالة دكتوراه سنة ١٩٤٦ ، د. عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٧٤ ، د. السنهوري – المرجع السابق ص ٢٩٣ ، د. عبد الحى حجازي النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ص ٣٥٦ ، د. اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ص ١٣١ ، د. احمد سلامة – مذكرات في نظرية الالتزام ص ١٠٨ .

والتلغـــراف والتليفـون .

فالشخص الذي يريد ابرام عقد لامداده بالمياه أو الكهربـــاء أو لكى ينتقل من مدينة لأخرى بوسائل النقل فانه يقوم بدفـــع المقابل دون مناقشـة بل يسلم بالشروط المقررة التى وضعها الموجب ويوقع على عقد الانارة أو الامداد بالمياه أو يستلم تذكـــرة النقل فكأنه بذلك ينضم الى قائمة المتعاقدين دون نشاط ايجابـى منه اللهم الا دفع المقابل فقط .

ولقد علق أحد الفقهاء على ذلك بقوله : " هنا ينمحـــى ما يسمى فى اللغة البرلمانية حق التعديل وما يسمى فى القانـــون حق المناقشة "(١٠٦٥) .

ولقد شاع في فرنسا تسمية هذه العقود بعقود الانضمـــام لأن من يقبل العقد ينضم اليه دون مناقشة الا أن استاذنا الدكتـور السنهوري قد آثر أن يصفها بعقود الاذعان لما يشعر به هـــذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول(١٠٦٦) .

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نضع تعريفا لعقد الاذعـــان بأنه : " العقد الذي يبرم بين طرفين يملى أحدهما شروطه علـــى الآخر الذي لا يقبل الا أن يقبل تلك الشروط أو يرفضها دون أن تكون

(١٠٦٥) Le contrat d'adhesion est à prendre ou à laisser il n'rest pas à discuter" .
هوريو – أصول القانون العام ص ٢٠٦ – مشار اليـــه د. عبد الحى حجازي – المرجع السابق ص ٣٥٨ هامش (٥) .

(١٠٦٦) د. السنهوري – المرجع السابق ص ٢٩٣ هامش (١) .

لديه حرية المساومة على هذه الشروط " .

ولقد عالج المشرع المصري وضع الطرف المذعن في المادة (١٤٩) من القانون المدنى والتى تنص على انه : "اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

ولكى نكون أمام عقد اذعان لابد من توافر الخصائص التالية [١٠٦٧] :

١- أن يتعلق التعاقد بسلع أو مرافق ضرورية للمستهلك أو أو المنتفع .

٢- أن يصدر الايجاب من محتكر لهذه السلع أو المرافق .

٣- أن يوجه الايجاب الى الجمهور وبشروط واحدة على نحو دائم .

بعد تحديد هذا الاطار العام لنظرية عقود الاذعان نستطيع أن نستجلى ما بينها وبين نظرية الظروف الطارئة من أوجه التقاء أو افتراق على النحو التالى :

أولا : أوجه الالتقاء بين النظريتين :

١- رأينا أن معالجة أثر الظرف الطارئ وهو الارهاق يكون

(١٠٦٧) د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ٦٣ ، ٨٣ ، ٨٦ ، د. حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٠٣ ، د. عبد الحى حجازي ـ المرجع السابق ص ٣٥٨ ، نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٣ ـ مجموعة أحكام النقض ـ السنة ٢٠ رقم ١٣٤ ص ٨٥١ .

برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وهذا الأمر بيد القاضي وحده ولا دخل لأحد الطرفين فيه .

وكذلك الحال بالنسبة لعقود الاذعان فالقاضي وحده هو الذي يعدل الشروط التعسفية التى أذعن لها الطرف الضعيف أو أن يعفيه منها على ضوء اعتبارات العدالة .

٢- فى كلا النظريتين لا يجوز للاطراف أن يتفقا مقدما على غل يد القاضي من القيام بمهمته حيال الظرف الطارىء أو شروط الاذعان .

٣- تلتقى النظريتان كذلك في مجال الاثبات فمن يدعى أن التزامه صار مرهقا لظرف طارىء عليه اثبات ذلك .

وكذلك من يدعى أن الشرط الذي قبل بموجبه الالتزام هو من قبيل شروط الاذعان فعلية أيضا أثبات ذلك(١٠٦٨) .

ثانيا : أوجه التباعد والافتراق بين النظريتين :

١- عدم التعادل الناجم عن الظرف الطارىء يأخذ شكلا واحدا هو الاختلال المادي الذي يصيب التوازن الاقتصادي للعقد الا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لعقود الاذعان فقد يتمثل الاختلال فى اشتراط الموجب لمصلحته اعفاءه من المسئولية أو انهائه للعقد بارادته أو حرمان المذعن من حقه في التعويض عند اخلال الطرف القوي بالتزامه التعاقدي(١٠٦٩) .

(١٠٦٨) نقض مدنى ١٩٦٦/١٠/١٨ — م نقض مدنى — ١٧–١٥٤٣ .

(١٠٦٩) د. عبد المنعم البدراوي — المرجع السابق ص ٧٨ .

٢- الاذعان له أصل في العقد وهى الشروط التى يمليها الطرف القوي ويذعن لها الطرف الضعيف ولذا - يلحق بالأخير وصف المذعن بالمعاصرة لابرام العقد •

أما الظرف الطارئ فقد رأينا أنه أمر خارج عن معطيات العقد وارادة طرفيه بل لا يثور في ذهن أحدهما وقت ابرام العقد ولا تدل عليه الأمارات الظاهرة والمحيطة بالمتعاقدين وانما هو حادث استثنائى عام يقع في مرحلة لاحقة على ابرام العقد •

٣- يجب على الطرف القوي في عقد الاذعان أن يظهر للطرف الضعيف (المذعن) الشروط التى يمليها عليه بوضوح ويجب على القاضى أن يتثبت مما اذا كان الطرف المذعن قد تنبه اليها من عدمه كما اذا كان الطرف القوي قد وضع هذه الشروط بطريقة ملفتة للنظر كأن يضعها بخط يده في عقد مطبوع أما اذا تبين للقاضى أن المذعن لم يتنبه اليها فعليها أن يستبعدها وينزل أحكام القواعد العامة (١٠٧٠) •

أما الظروف الطارئة فهى منبتة الصلة بالعقد اذ هى أمر خارجى عنه كل ما فى الأمر أنها تؤثر في أداءاته فقط ولذلك يكفى القاضى أن يتثبت فقط من وقوع الظرف الطارئ •

٤- ارادة المتعاقد المذعن حرة ولكنها حرية منقوصة أو مقيدة لا مجال لها الا بقبول الشروط المجحفة جملة أو رفضها جملة •

(١٠٧٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٢٩١-٢٩٢ •

وعلى العكس من ذلك فارادة الطرفين في العقد المتأثر بالظرف الطارىء حرة تماما وتمارس حريتها في اطار مبدأ سلطان الارادة بمظاهره المختلفة والتى من بينها مبدأ المساواة الحرة .

هـ- تسري أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية والادارية فقد رأينا أن مجلس الدولة في مصر وكذا في فرنسا يطبق أحكامها .

أما بالنسبة لتطبيق أحكام الاذعان فهى تقتصر عند حد العقود المدنية فقط دون الادارية .

وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها : " متى ثبت أن الروابط بين الطرفين يحكمها قرار اداري فانه لا يجوز التحلل من أحكامه بدعوى أنها جائرة وأن قبول الطاعنة لها قد تم بطريق الاذعان أذ ان الاستثناء الوارد بالمادة (١٤٩) من القانون المدنى في شأن عقود الاذعان خاص بالعقود المدنية ولا يسري على القرارات الادارية (١٠٧١) .

-٠-

(١٠٧١) نقض مدنى ١٩٦٢/١/٤ - م نقض م - ١٣-٢٦ وفى نفس المعنى نقض ١٩٧٨/٦/٧ - طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٠ ق محمد كمال عبد العزيز ص ٤٣٠ .

المطلب الرابع

نظرية الظروف الطارئة والغبن اللاحق

سبق لنا أن تكلمنا عن مسألة الغبن اللاحق حال تناولنا للأساس القانوني للنظرية (١٠٧٢) ونستطيع أن نذكر بأن الغبن اللاحق هو : " عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث في الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد وحصول الأمر الذي يتوقف عليه الانعقاد النهائي للعقد بسبب حدوث ظرف طارئ "(١٠٧٣) .

وكما سبق لنا القول فالغبن اللاحق يفترض وجود وعد بالتعاقد وقبل اظهار الموعود له رغبته أو اتمام الأمر الذي تطلبه القانون تحدث ظروف طارئة تخل بالتعادل بين التزامات المتعاقدين .

ولقد أراد الفقه الفرنسي بهذه النظرية أن تكون محاولة لسد النقص الموجود بالمجموعة المدنية الفرنسية والمتمثل في عدم الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة الا أن ذلك الفريق الفقهي لم يفلح فيما أقدم عليه لأن القضاء الفرنسي ما زال يطبق بشأن الغبن اللاحق القواعد العامة الخاصة بالغبن التقليدي وهو المعاصر لابرام العقد .

وما زال القضاء الفرنسي يعتد بالغبن كعيب من عيوب الرضا

(١٠٧٢) أنظر ص ١٠٨ من الرسالة وما بعدها .
(١٠٧٣) د. محمد عبد الجواد ـ الغبن اللاحق ص ١٩٣ .

وبالتالى فيجب للاعتداد به أن يعاصر ابرام العقد يضاف لذلك أن المشرع الفرنسى لا يأخذ بالغبن سببا لابطال العقد الا فى حالات محددة على سبيل الحصر أهمها وهى التى يؤخذ فيها بالغبن اللاحق حالة الوعد ببيع العقار والتى عالجها المشرع الفرنسى في المواد من ١٦٧٤-١٦٨٣ . فالمادة (١٦٧٤) تعطى لبائع العقار المغبون الحق في رفع دعوى بابطال العقد(١٠٧٤) .

وبذلك نكون قد حددنا - فى عجالة - الاطار العام لنظرية الغبن اللاحق والآن نبين مدى الصلة بينها وبين نظرية الظروف الطارئة.

أولا : مدى الاتفاق بين النظريتين :

١- سبب الارهاق الذي يصيب الطرف المغبون هو نفس السبب الذي يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه مرهقا وهو الحادث الطارئ .
٢- الأثر الذي يخلفه الحادث الطارئ واحد في كلا النظريتين وهو الخلل الاقتصادي الذي يؤثر في التوازن بين التزامات المتعاقدين .
٣- الحادث الطارئ في كل من النظريتين أمر خارج عن ارادة المتعاقدين اذ غالبا ما يكون سبب الحادث الطارئ هو حدوث الأزمات الاقتصادية والحروب التى تؤدي الى تقلب الأسعار تقلبا سريعا ومفاجئا ارتفاعا وانخفاضا لذلك يطلق الفقهاء على كون الظرف الطارئ خارجا عن ارادة المتعاقدين اسم الشرط

(١٠٧٤) د. محمد عبد الجواد - الغبن اللاحق ص ٢٠١ وما بعدها .

السلبي Condition negative يضاف لذلك أن الحادث في كلا النظريتين غير متوقع الحدوث سواء أثناء ابرام العقد بالنسبة للظرف الطارئ أو أثناء ابرام الوعد بالنسبة للغبن اللاحق .

ثانيا : مدى الافتراق بين النظريتين :

١- الظروف الطارئة لا تعاصر ابرام العقد اذ يجب أن تحدث في الفترة اللاحقة لابرامه وسواء قبل تنفيذه أم بالمعاصرة لهذا التنفيذ . وهذا ما يعبر عنه الفقهاء الفرنسيين بقولهم : " ان الظرف الطارئ يجب ان يكون لاحقا لانعقاد العقد ومعاصرا لتنفيذه "(١٠٧٥) .

٢- من حيث مجال التطبيق :

مجال تطبيق الظروف الطارئة أوسع اذ يشمل كل مظاهر التعامل تقريبا سواء ورد التعامل على العقارات أم المنقولات وذلك وفقا للضوابط السابق بيانها حال تناولنا لنطاق نظرية الظروف الطارئة (١٠٧٦) .

(١٠٧٥) Posteriorité quant à la conclusion et actualite' quant à l'execution du contrat" .
د. محمد عبد الجواد - المرجع السابق ص ١٨٧ .

(١٠٧٦) أنظر ص ٢٠٧ من الرسالة وما بعدها .

أما مجال الغبن اللاحق فهو ضيق لا يتسع سوى لمظهر واحد من التعامل فقط وهو بيع العقارات[١٠٧٧] .

٣- من حيث الجزاء :

الجزاء في نظرية الغبن اللاحق هو طلب الابطال وهذه الرخصة لا تثبت للمشتري اذ هى قاصرة على البائع[١٠٧٨] الذي له الحق في رفع دعوى ابطال العقد .

أما الجزاء في نظرية الظروف الطارئة فهو طلب رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وهذه الرخصة متاحة لكلا المتعاقدين .

٤- معيار الارهاق :

يتسم معيار الارهاق في نظرية الظروف الطارئة بالمرونة اذ للقاضى سلطة تقديرية واسعة في تقدير الارهاق واستنباط عناصره من معطيات الدعوى وملابساتها .

أما في نظرية الغبن فالمعيار مادي جامد ويستظهر بطريقة حسابية قدرها المشرع الفرنسى بنصاب معين هو $\frac{٧}{١٢}$ من القيمة الحقيقية للعقار .

-٠-

(١٠٧٧) د. محمد عبد الجواد - المرجع السابق ص ٢٠١ .
(١٠٧٨) المرجع السابق ص ١٩٩ .

المطلب الخامس

نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير

نظرية عمل الأمير من النظريات التى تؤسس عليها مسئولية الادارة وهى من خلق مجلس الدولة الفرنسى .

ويعرف بعض الفقهاء هذه النظرية بأنها : " عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوىء مركز المتعاقد في عقد اداري ويؤدي الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن للعقد(١٠٧٩) " .

ولقد عرفها الفقيه الفرنسى فاليه في مؤلفه " المطول فى القانون الاداري " بقوله :

On appelle fait du prince un acte de l'autorite' publique agravant sans faut, la situation d'un co-contractant d'une collectivité publique.(١٠٨٠)

ولقد تصدت محكمة القضاء الاداري لتعريف عمل الأمير فى حكمها الصادر فى ١٩٥٧/٦/٣٠ بقولها : " ان المقصود بعبارة " فعل الأمير " هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة أو فى الالتزامات

(١٠٧٩) د. سليمان الطماوي ـ المرجع السابق ص ٦١٣ .
(١٠٨٠) مشار اليه المرجع السابق ص ٦١٣ هامش (٢) .

التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الادارية " وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التى أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة "(١٠٨١) .

وتفترض نظرية عمل الأمير قيام الادارة باتخاذ بعض الاجراءات التشريعية أو الادارية التى تلحق ضررا بالمتعاقد معها يخل بالتوازن المالى للعقد ولا يكلف المتعاقد باثبات خطأ جهة الادارة لأن مسئوليتها تقوم على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة والتى تستهدف تحقيق المساواة بين الأفراد في التكاليف العامة(١٠٨٢) .

وبعبارة أخرى فان مسئولية الادارةهى مسئولية عقدية بلا خطأ .

ويشترط لاعمال حكم نظرية عمل الأمير الآتى :

١- أن نكون بصدد عقد من العقود الادارية .

٢- أن يكون العمل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .

٣- أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتعاقد ويستوي أن يكون هذا الضرر يسيرا أو جسيما .

٤- ألا تخطىء جهة الادارة لأن مسئوليتها حال الخطأ تؤسس على هذا الخطأ .

(١٠٨١) المرجع السابق ص ٦١٣ - ٦١٤ .
(١٠٨٢) د. فؤاد العطار - القانون الاداري ، طبعة ثالثة ، سنة ١٩٧٦ ص ٦٠١ .

هـ- يجب أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع[١٠٨٣].

ولعمل الأمير صورتان :

الأولى خاصة :

كقيام الادارة بتعديل مباشر في شروط العقد أو اتخاذ اجراء يؤثر على ظروف تنفيذ العقد . كقيام الادارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضرارا في تنفيذ العقد .

الثانية عامة :

ويمثل لها بصدور قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة .

ويترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير الآثار الآتية :

١- اذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ فان المتعاقد يتحرر من العقد . كصدور تشريع يحرم استيراد السلعة المتعاقد عليها .

٢- اذا نتج عن عمل الأمير عسر في التنفيذ يبرر التأخير فيه فمن حق المتعاقد المطالبة بعدم توقيع غرامات التأخير .

٣- اذا ترتب على عمل الأمير زيادة أعباء المتعاقد بدرجة كبيرة لا تحتملها امكانياته فله المطالبة بالفسخ[١٠٨٤].

(١٠٨٣) د. محمود أبو السعود حبيب و د. محمد سعيد حسين أمين مبادئ القانون الاداري ـ حقوق وسلطات الادارة طبعة ١٩٨٨/٨٧ ص ١٣٥ ، د. سليمان الطماوي ـ المرجع السابق ص ٦١٥ وما بعدها .

(١٠٨٤) د. سليمان الطماوي ـ المرجع السابق ص ٦٤٣ .

وجدير بالذكر أن تطبيق نظرية عمل الأمير يعطي للمتعاقد الحق في التعويض الكامل Réparation intégrale (١٠٨٥) .

والآن وقد حددنا - في عجالة - الاطار العام لنظرية عمل الأمير نستطيع أن نقف على أوجه الالتقاء والافتراق بينها وبين نظرية الظروف الطارئة على النحو التالى :

أولا : أوجه الالتقاء بين النظريتين :

١- الحادث الطارىء في كلا النظريتين واحد .
فاذا كانت نظرية عمل الأمير ترتكز على اجراء من الادارة سواء كان عملا تشريعيا أو اداريا فقد رأينا أن التشريع يمثل ظرفا طارئا كأن يصدر تشريع بزيادة التسعيرة أو منع استيراد سلعة معينة كل ذلك مما يجيز الاحتكام الى مبادىء الطوارىء وكذلك عمل الأمير .

٢- يجب أن يقع الحادث الطارىء في وقت لاحق على ابرام العقد فى كلا النظريتين .

٣- عدم توقع الحادث الطارىء هو نقطة التقاء بين النظريتين كذلك . ولقد قضت محكمة النقض بأن : " قوام نظرية الظروف الطارئة وعمل الحاكم أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد"(١٠٨٦) .

(١٠٨٥) المرجع السابق ص ٦٤٣ .
(١٠٨٦) نقض مدنى في ١٩٥١/١١/٨ - مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦ .

٤- يجب ألا يكون فعل الأمير بخطأ من الادارة التى يجب أن تتوخى الصالح العام دائما .

ونفس الشئ في الظروف الطارئة اذ يشترط لتطبيق أحكامها ألا يتسبب خطأ المدين في احداث الظرف الطارئ بمعنى أن يكون خارجا عن ارادته .

٥- السبب في تطبيق أحكام نظرية عمل الأمير هو اعادة التوازن المالى للعقد بعد انهياره بسبب اجراء الادارة . وكذلك الحال في نظرية الظروف الطارئة فحدوث انقلاب في التوازن الاقتصادي للعقد هو الذي يدفع القاضى لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

٦- كلا النظريتين نشأ نشأة قضائية تميزت بالمرونة وتطور الأحكام السريع .

ثانيا : أوجه الافتراق بين النظريتين :

١- يشترط في الحادث الطارئ ألا يرجع الى فعل المتعاقد أو اختياره .

أما بالنسبة لعمل الأمير فالادارة تصدره مختارة بل وتقصده فهو من صنعها بقصد تسيير المرافق العامة تحقيقا للصالح العام .

٢- يشترط في الضرر الناجم عن عمل الأمير أن يكون ضررا خاصا بمن حاق به حتى يمكن تعويضه . وعلى ذلك لو كان هذا الضرر عاما يشارك المتعاقد فيه آخرون فلا تنطبق أحكام النظرية .

وعلى العكس من ذلك في نطاق نظرية الظروف الطارئة اذ يشترط أن يتصف الضرر بصفة العمومية généralité كزلزال أو فيضان أو تشريع خاص بالتسعيرة .. الخ .

ولذلك لو اتصف الحادث بالخصوصية لما كان هناك مجال لأعمال حكم النظرية .

٣- نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير يقف مجاله عند حد العقود الادارية بينما يتسع نطاق نظرية الظروف الطارئة ليشمل العقود المدنية والادارية على حد سواء .

٤- مفهوم الحادث في نظرية عمل الأمير أضيق منه في نظرية الظروف الطارئة فهو في الأخيرة يشمل الحوادث الطبيعية كالزلازل والأفعال الانسانية كالحروب والوقائع القانونية كصدور الشتريعات . أما في نظرية عمل الأمير فيتوقف مفهوم الحادث عند حد اعمال الشتريع والادارة الصادرة من السلطة العامة .

٥- <u>من حيث جسامة الضرر :</u>

لا يشترط في نظرية عمل الأمير قدرا معينا من الضرر حتى تسأل الادارة اذ يكفى أي قدر منه ولو كان يسيرا حتى تطبق أحكام النظرية . أما في نطاق نظرية الظروف الطارئة فيشترط أن يصل الضرر حدا معينا يصيب المتعاقد بالارهاق الذي يعرضه لخسارة فادحة .

٦- من حيث التعويض :

في نطاق نظرية عمل الأمير يكون التعويض كاملا يغطى جميع الأضرار التى تلحق بالمتعاقد .

أما في نطاق نظرية الظروف الطارئة فالتعويض جزئى لا يغطى كافة الاضرار اذ يجب أن يتحمل المدين الضرر المألوف .

-٠-

المطلب السادس

نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلق القضاء ويرجع تطبيقها الى منتصف القرن التاسع عشر .

وتفترض هذه النظرية أن المتعاقد مع الادارة يصادف في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة لا يمكن توقعها عند ابرام العقد وتؤدي الى جعل التنفيذ مرهقا ولذلك فمن حق هذا المتعاقد أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار(١٠٨٧) .

وللصعوبات المادية تطبيقات جمة منها في القضاء الاداري الفرنسي أن يفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج الى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الارض أو أن تحدث انهيارات في الأتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في رفعها .

ومن أمثلة تلك الصعوبات في مصر ما طبقه مجلس الدولة بحكمه في ١٩٥٦/١٢/٢٣ وكانت الصعوبة تتمثل في ان المتعاقد على حفر احدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في

(١٠٨٧) د. سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ٧٠٥ ، د. محمود أبو السعود و د. محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق ص ١٣٦ .

ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج الى آلات حديثـه لا يمكنه الحصول عليها (١٠٨٨) .

كذلك حكم بأنه : " لا يمكن أن يلتزم المقاول بتحمل ما قد يحدث بسبب ظروف لم تكن في الحسبان وقت التعاقد أو بسبب ظاهرة تغلب طاقة البشر في مكنه توقعها " .

وكذلك تطبق أحكام النظرية في حالة المقاول الملتزم بهـدم استحكامات قديمة فصادفته أبنية لم تكن في حساب الطرفين وقت التعاقـد .

والمقاول المكلف باقامة الجسر اذا كان رغم رعاية كـل اعتبارات علم طبقات الأرض قد اعترضته صخور لم يمكن الاشتباه في وجودها .(١٠٨٩)

ويشترط لتطبيق أحكام نظرية الصعوبات المادية الآتى(١٠٩٠) :

١- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وهى التي ترجع غالبا الى ظواهر الطبيعة الا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكـون مصدر الصعوبات فعل بعض الناس من الغير كوجود قناة خاصـة بجوار موقع العمل ولم تظهر في المواصفات التى على اساسها أعـد العقـد .

٢- أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين .

(١٠٨٨) د. سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ٧١٢ - ٧١٣ .
(١٠٨٩) د. حسين عامر - القوة الملزمة للعقد ص ٩٩ .
(١٠٩٠) د. سليمان الطماوي - المرجع السابق ، ص٧١٣ ومابعدها .

٣- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد .

٤- أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائى .

٥- أن يكون من شأن تلك الصعوبات الاخلال باقتصاديات العقد .

فاذا توافرت هذه الشروط طبقت أحكام نظرية الصعوبات المادية وترتبت النتائج الآتية (١٠٩١) :

١- بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات غير المتوقعة .

٢- حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل .

وبذلك نكون قد حددنا الاطار العام لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبقى أن نحدد ما بينها وبين نظرية الظروف الطارئة من أوجه التقاء وافتراق على النحو التالى :

أولا : أوجه الالتقاء بين النظريتين :

١- نشأت كلا النظريتين في أحضان القضاء كما كان الحال بالنسبة لنظرية فعل الأمير .

٢- يشترط في كلا النظريتين أن يكون الحادث الذي تتحقق به المسئولية في نطاق كل منهما استثنائى غير متوقع .

٣- يجب ان يقع الحادث الطارئ وكذا الصعوبات المادية فى مرحلة لاحقة على ابرام العقد وأثناء التنفيذ .

٤- تقوم نظرية الصعوبات المادية على فكرة اعادة التوازن

(١٠٩١) المرجع السابق ص ٧١٨ وما بعدها .

الاقتصادي الذي اختل وكذلك الأمر بالنسبة لنظرية الظـــروف الطارئــة ٠

ثانيا: أوجه الافتراق بين النظريتين :

١- يقتصر نطاق نظرية الصعوبات المادية على العقود الاداريـــة بينما يتسع هذا النطاق في نظرية الظروف الطارئة ليشمل فضلا عن العقود الادارية العقود المدنيــة ٠

٢- من حيث الفعل الذي تتحقق به المسئوليــة :

بالنسبة لنظرية الصعوبات المادية يجب أن يتمثل غالبا فـــى الظواهر الطبيعيــة ٠

أما في نطاق نظرية الظروف الطارئة فقد رأينا أن الحــادث الطارىء قد يتمثل فى واقعة مادية طبيعية أو واقعـــة انسانيــة أو اجراء قانونيا ٠

٣- من حيث جسامــة الضـــرر :

في نظرية الصعوبات المادية يكفى أي قدر من الضرر حتى تقوم مسئوليــة الادارة ٠

أما في نطاق نظرية الظروف الطارئة فيشترط أن يصل الضرر الـى حد الارهاق المهدد بخسارة فادحــة ٠

٤- يستحق المتعاقد مع الادارة تعويضا كاملا اذا صادفت تنفيـــذ العقد صعوبات مادية ٠

أما في ظل الظروف الطارئة فالتعويض جزئى [illegible]ـا سبق لنا بيــان ذلـــك ٠

المبحث الثانى

المفهوم الاسلامى لنظريات الاذعان والاستغلال والقوة القاهرة

سبق لفقهاء الشريعة الاسلامية أن عرفوا نظريات عقود الاذعان والاستغلال والقوة القاهرة وشادوا لها صرحا كبيرا يتسم بنوع من المتانة الفنية ان لم تتفوق على ما وصل اليه فقهاء القانون الوضعى فعلى الأقل تساوية .

ولمعرفة مدى ما وصل اليه فقهاء شريعتنا الغراء فى هذا المجال نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو الآتى :

- المطلب الأول : المفهوم الاسلامى لعقود الاذعان .
- المطلب الثانى : المفهوم الاسلامى لنظرية الاستغلال .
- المطلب الثالث : المفهوم الاسلامى لنظرية القوة القاهرة .

-٠-

المطلب الأول

المفهوم الاسلامي لعقود الاذعان

لا شك أن نشأة عقود الاذعان قد ارتبطت فى التشريعات الحديثة بتطور النظم الاقتصادية وظهور شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية كشركات الكهرباء والغاز والمواصلات والنقل .. الخ .
ولا جدال في أن تلك المظاهر الاقتصادية الكبرى لم يكن لها وجود عند بعثة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذا فلا غرابة ان لا نسمع عما يسمى الآن بعقود الاذعان .

ولكن ليس معنى هذا أن الفقه الاسلامي لم يعرف هذه العقود اذ يجب علينا ونحن في اطار تلك الشريعة الغراء ألا نقف عند حد الشكل ونغض الطرف عن المضمون فاذا كانت العلة من افراد نصوص خاصة لمعالجة هذه العقود تعد استثناء من المبادىء العامة فى هذا المقام وكانت تكمن في الأخذ بيد الطرف الضعيف الذي أذعن لشروط الطرف القوي والضرب على يد الأخير حتى لا يتخذ من الاحتكار وسيلة للتلاعب بالأقوات واستغلال حاجة الناس للخدمات الضرورية . اذا كانت هذه هى العلة فلا يسعنا الا أن نجزم بأن الشريعة الاسلامية قد عرفت عقود الاذعان من أوسع الأبواب خاصة وأن أحكام هذه الشريعة تحارب الاحتكار والمحتكرين .

وليس أدل على ذلك من تأكيد سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذا المعنى فى مناسبات عديدة .

من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " من أحتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس " • رواه ابن ماجة •

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " • أخرجه بن ماجه •

وقوله كذلك : " من أحتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه " • أخرجه أحمد والحاكم •

وعن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من أحتكر حكرة يريد أن يغالى بها على المسلمين فهو خاطئ "(١٠٩٢) .

اذا نستطيع القول بأن الفقه الاسلامى قد وضع نظرية كبيرة للاحتكار كمبدأ عام ثم أورد لهذا المبدأ تطبيقين على جانب كبير من الأهمية •

ونتولى الكلام أولا عن المبدأ العام وهو النهى عن الاحتكار ثم نتبعه بتناول التطبيقين وهما النهى عن بيع الحاضر للبادي والنهى عن تلقى السلع من الركبان •

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب الى الفروع الآتية :

- الفرع الأول : النهى عن الاحتكار •
- الفرع الثانى : النهى عن بيع الحاضر للبادي •
- الفرع الثالث : النهى عن تلقى السلع من الركبان •

(١٠٩٢) فتح الباري – شرح صحيح البخاري – للامام حجر العسقلانى – المجلد الرابع – دار الفكر – باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ج ٤ ص ٣٤٨ حيث ورد ذكر الأحاديث الأربعة .

الفـــرع الأول
النهـــى عن الأحتكـــار

يبغض الفقه الاسلامي بمختلف مذاهبه الاحتكار والذي يمكن تعريفه بأنه : " امساك الطعام عن البيع وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس اليه (١٠٩٣) " .

ولنستعرض موقف كل مذهب من المذاهب الأربعة الكبرى لنتوقف على مدى حرمة أو كراهة الاحتكار وضوابط ذلك ولنبدأ بالمذهب الشافعي ثم المالكي فالحنفي وأخيرا الحنبلي .

أولا : موقف الشافعية من الاحتكار :

النص الفقهي :

ورد في المهذب للشيرازي : " ويحرم الاحتكار في الأقوات وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه ومن أصحابنا من قال يكره ولا يحرم وليس بشيء لما روى عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " وروى معمر العدوي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحتكر الا خاطيء " فدل على أنه حرام .

(١٠٩٣) المرجع السابق نفس الموضع .

فأما اذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه اذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه فى معنى الجالب .

وقد روى عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " . وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب : بلغنى عنك أنك قلت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يحتكر بالمدينة الا خاطئ وأنت تحتكر قال : ليس هذا الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال صلى الله عليه وسلم أن يأتى الرجل السلعة عند غلائها فيغالى بها فأما أن يأتى الشئ وقد أتضع فيشتريه ثم يضعه فان احتاج الناس اليه أخرجه فذلك خير .

وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره لما روى أبو امامه رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام . فدل على أن غيره يجوز لأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه (١٠٩٤).

التعليق على النص الفقهى :

من خلال ما أورده الشيرازي في مهذبه نستطيع أن نبين موقف الشافعية من الاحتكار في النقاط الآتية :

(١٠٩٤) المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٩٢ .

١- حكم الاحتكار :

يوجد لذلك رأيان أحدهما يقول بالحرمة والآخر يقول بالكراهة .

٢- ضابط الاحتكار :

يتحدد هذا الضابط بأن يقوم الرجل وقت الغلاء بشراء السلعة التى تعظم حاجة الناس اليها ثم يبيعها بأعلى سعر أو يحبسها حتى تصل الى منتهى الغلاء .

وعلى ضوء ذلك لا يعد احتكارا من يشتري السلعة وقت رخصها أو يأتى بها من حقله أو حديقته ثم يدخرها ولا يبيعها الا عند ارتفاع سعرها لأنه يأخذ في هذه الحالة حكم الجالب الذي ينفع الناس بالسلعة وقت احتياجهم اليها وينتفع هو بعلو سعرها وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " .

وقد أكد الشافعية ما ذهبوا اليه برواية أبو الزناد لسعيد بن المسيب السابقة .

٣- محل الاحتكار :

لا يكون الاحتكار الا فى الأقوات دون غيرها والدليل على ذلك رواية أبى امامة رضى الله عنه من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام وبمفهوم المخالفة فان غير الطعام يجوز احتكاره .

ثانيا : موقف المالكية من الاحتكار :

النص الفقهي :

ورد في المدونة الكبرى للامام مالك : " .. قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شئ في السوق من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما آخر بالسوق ..

قال مالك : يمنع من يحتكره ... قال : فان كان ذلك لا يضر بالسوق قال مالك : فلا بأس بذلك .

قال : سألت مالكا عن أهل الريف اذا احتاجوا الى ما في الفسطاط من الطعام فيأتون ويشترون من الفسطاط فأراد أهل الفسطاط أن يمنعوهم وقالوا : هذا يغلي علينا ما في أسواقنا أترى أن يمنعوا ؟ .

قال مالك : لا أرى أن يمنعوا من ذلك الا أن يكون ذلك مضرا بالفسطاط فان كان ذلك مضرا بهم وعند أهل القرى ما يحملهم منعوا من ذلك والا تركوا .

قال : فأرى القرى التي فيها الأسواق بمنزلة الفسطاط(١٠٩٥) ".

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزئ : " لا يجوز التسعير على أهل الأسواق ومن زاد في سعر أو نقص منه أمر بالحاقه بسعر الناس فان أبى أخرج من السوق ولا يجوز احتكار الطعام اذا أضر بأهل البلد .

(١٠٩٥) المدونة الكبرى للامام مالك جـ ١٠ ص ١٢٣ -

وآختلف هل يجبر الناس في الغلاء على اخراج الطعام أم لا ؟ ولا يخرج الطعام من بلد الى غيره اذا أضر بأهل البلد ومن جلب طعاما خلى بينه وبينه فان شاء باعه وان شاء احتكره [(١٠٩٦)] " .

التعليق على النص الفقهي :

حدد الامام مالك وكذا ابن جزىء الاطار العام للاحتكار المنهى عنه ويمكن من خلال ذلك استنباط المبادىء الآتية :

١- مناط الاحتكار هو الضرر اذ يدور معه وجودا وعدما سواء كانت الحكرة بين أهل البلد الواحد أو نتجت عن هبوط أهل الريف الى الفسطاط وشراء سلعهم منه مما يعد تضييقا لحجم السلع على أهل البلدة فيرتفع سعرها ويكون ذلك ذريعة الى الحكرة فان كانت السلعة وفيرة لا يؤثر في وفرتها قدوم أهل الريف والنيل منها فلا بأس في ذلك والا يمنعوا من ذلك .

٢- رفض مبدأ تسعير السلع ولكن يجب على التاجر الا يغالى فى ثمن السلعة فان غالى الى حد يجاوز ما تعارف عليه الناس من السعر السائد في السوق فيؤمر التاجر بانزال هذا السعر ليتساوى مع سعر الناس فاذا لم يمتثل لأمر الحاكم أخرج من السوق وحرم من ارتياده وهذا ما نسميه في وقتنا الحالى سحب ترخيص السوق منه .

(١٠٩٦) القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٥٥ - ٢٥٦ -

٣- يمتنع نقل الطعام من بلد لآخر اذا كان في نقله لحوق ضرر كبير بأهل البلد المنقول منه هذا الطعام .
وهذا الأمر شائع في وقتنا الحاضر فنرى كثيرا من المحافظين يصدرون قرارات بعدم نقل سلع معينة الى خارج المحافظة كالأرز والدقيق .

٤- من استورد طعاما فلا يجبر على بيعه اذ له احتكاره وله بيعه ويفهم من ذلك أن المذهب المالكى يؤكد على انه لا احتكار حيث لا ضرر .

ثالثا : موقف الأحناف من الاحتكار :

النص الفقهي :

جاء فى الفتاوى الهندية : " الاحتكار مكروه وذلك أن يشتري طعاما في مصر ويمتنع من بيعه وذلك يضر بالناس كذا فى الحاوي وان اشترى في ذلك المصر وحبسه ولا يضر بأهل المصر لا بأس به .

واذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاما الى المصر وحبسه وذلك يضر بأهله فهو مكروه .. وان اشترى طعاما فى مصر وجلبه الى مصر آخر واحتكر فيه فانه لا يكره وكذلك لو زرع أرضه وادخر طعامه فليس بمحتكر ولكن الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته اذا اشتدت حاجة الناس اليه .. واذا قلت المدة لا يكون احتكارا واذا طالت المدة يكون احتكارا وعن أصحابنا أنهم قدروا الطويلة بالشهر فما دونه قليل . ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن

يتربص للغلاء وبين أن يتربص للقحط فوبال الثانى أعظم من وبال الأول وفي الجملة التجارة في الطعام غير محمودة .. والاحتكار في كل ما يضر بالعامة في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهائم كذا فى الحاوي قال محمد رحمه الله تعالى للامام أن يجبر المحتكر على البيع اذا خاف الهلاك على أهل المصر ويقول للمحتكر بع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يسعر بالاجماع الا اذا كان أرباب الطعام يتحملون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والبصر فان سعر فباع الخباز بأكثر مما سعر جاز بيعه ومن باع منهم بما قدر الامام من الثمن جاز بيعه واذا رفع أمر المحتكر الى الحاكم فالحاكم يأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة . وينهاه عن الاحتكار فان انتهى فبها ونعمت وان لم ينته ورفع الأمر الى القاضى مرة أخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى واذا خاف الامام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين .. وهل ينبغى للقاضى أن يبيع على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف وقيل يبيع بالاتفاق .. لو خيف الهلاك على الناس أمر الجالب أن يبيع مثل ما أمر المحتكر (١٠٩٧) ".

(١٠٩٧) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢١٣ — ٢١٤ .

التعليق على النص الفقهي :

نستطيع أن نحدد الاطار العام للاحتكار في المذهب الحنفي بالآتي :

١- الاحتكار مكروه من حيث حكمه .

٢- يعد محتكرا من يقوم بشراء الطعام ويتوقع ارتفاع سعره مع شدة حاجة الناس اليه ويحبسه انتظارا للغلاء أو للقحط فاذا وقع باعه للناس بالسعر الذي يروق له .

على أن المحتكر لا يعتبر كذلك الا اذا بلغت مدة الحبس شهرا فما فوقها .

وعلى ذلك لا يعد محتكرا من يحبس الطعام لمدة تقل عن الشهر أو من يقوم بتداول السلعة من مصر الى آخر أو يقوم بزراعة أرضه لأن له في ذلك مطلق الحرية وكذلك من يقوم بادخار الطعام .

كل ذلك بشرط أنه اذا اشتدت حاجة الناس الى ما يدخره فالأحسن أن يخرجه لهم .

٣- اذا كان الاحتكار مكروها فليس معنى ذلك أن المحتكر بمنأى عن المسئولية اذ أن للامام السلطة في أن يجبره على بيع ما يدخره اذا خشى هلاك أهل المصر نتيجة عدم حصولهم على القوت الضروري وعدم مقدرتهم على الشراء بالسعر الذي يفرضه المحتكر .

الا أنه ليس للامام فرض تسعيرة معينة على المحتكر الا اذا كان التجار يتجاوزون فى قيمة السلعة بطريقة يعجز أمامها القاضى عن أن يصون حقوق المسلمين اذ فى هذه الحالة لا بأس من التسعير على أن يستأنس الامام بمشورة أهل الخبرة في هذا المجال وان كان التسعير في هذه الحالة غير ملزم للتجار .

أما اذا تمادى المحتكر في رفع سعر الأقوات ورفع أمره للحاكم فله أن يأمره ببيع الزائد عن قوته وقوت أهله مع نهيه عن الاحتكار فان لم ينته عن ذلك وعظه القاضى بالحسنى فان لم يمتثل هدده اذا رفع أمره اليه ثانية وفى المرة الثالثة يوقع عليه عقوبة الحبس والتعزير وفقا لتقديرة .

بل ان من فقهاء الأحناف من يرى أن للقاضى أن يبيع الطعام جبرا عن صاحبه اذا خشى الهلاك على الناس .

رابعا : موقف الحنابلة من الاحتكار :

النص الفقهى :

جاء في المغنى لابن قدامة : " والاحتكار حرام لما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أحتكر فهو خاطىء وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خرج مع أصحابه فرأى طعاما كثيرا قد ألقى على باب مكة فقال : ما هذا الطعام ؟ .. فقالوا : جلب الينا . فقال : بارك الله فيه وفيمن جلبه فقيل له : فانه قد أحتكر : فقال : ومن احتكره ؟

قالوا : فلان مولى عثمان وفلان مولاك فأرسل اليهما فقال : ماحملكما على احتكار طعام المسلمين ؟ قالا : نشتري بأموالنا ونبيع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أحتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الافلاس قال الراوي : فأما مولى عثمان فباعه وقال والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيته مجذوما والاحتكار محرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئا أو أدخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكرا • (الثانى) أن يكون المشتري قوتا فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم لأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة اليها فأشبهت الثياب والحيوانات • (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك الا بأمرين أحدهما أن يكون في بلد يضيق بأهله كالحرمين والثغور وظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر لا يحرم فيها الاحتكار لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا الثانى : أن يكون فى حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس فأما ان اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم (١٠٩٨) .

التعليق على النص الفقهي :

يفهم من كلام ابن قدامة أن حكم الاحتكار الحرمة الا أن ذلك

(١٠٩٨) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٨٢ - ٢٨٣ -

منوط بشروط ثلاثة هي :

١- أن يكون المحتكر مشتريا للطعام فان كان جالبا له فلا يحرم لأن الجالب مرزوق فهو لا يضيق على أحد ولا يستغل حاجة الناس بل يفيدهم ويوسع عليهم بما جلبه .

٢- أن يكون ما اشتراه قوتا للانسان ولذلك لا يعد محتكرا لو أحتكر أداما أو حلواء أو عسلا أو زيتا وكذلك أعلاف البهائم .

٣- أن يضيق على الناس بالسلعة التى اشتراها مستقلا شدة أحتياجهم لها . ولا يتحقق التضييق الا بأحد أمرين :

أ) أن يكون المحتكر في بلد تتأثر بالاحتكار لعدم وفرة السلع فيها وبعدها عن الأمصار الأخرى .

ب) أن يكون السائد في البلد هو الضيق والغلاء بمعنى أن المصر لا يحتاج الى مزيد من ذلك .

-٠-

الفرع الثاني

النهي عن بيع الحاضر للبادي

الأحاديث النبوية :

١- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اذا استنصح أحدكم أخاه فلينصح له " .

٢- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد " قال فقلت لابن عباس : ما قوله : " لا يبع حاضر لباد ؟ " . قال " لا يكون له سمسارا(١٠٩٩) " .

النصوص الفقهية :

١- جاء في بدائع الصنائع : " ومنها (أي مما يكره من البياعات) بيع الحاضر للبادي وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لأهل البادية بثمن غال لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا يبع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " . ولو باع جاز البيع لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار بأهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف فان كانوا في خصب

(١٠٩٩) فتح الباري ج ٤ ص ٣٧٠ .

وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر "(١١٠٠) .

٢- جاء في فتح القدير : " وقال الحلوانى هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له فيبيع ويغالى ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس(١١٠١) .

٣- جاء في المهذب للشيرازي : " ويحرم أن يبيع حاضر لباد وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس اليه في البلد فاذا باع أتسع واذا لم يبع ضاق فيجيء اليه سمسار فيقول لاتبع حتى أبع لك قليلا قليلا وأزيد في ثمنها(١١٠٢).

٤- جاء في المغني لابن قدامة :" والمعنى فى ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته أشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر فاذا تولى الحاضر بيعها وأمتنع من بيعها الا بسعر البلد ضاق على أهل البلد .

وبيع الحاضر للبادي يحرم بثلاثة شروط : أحدها أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له . والثانى أن يكون البادي جاهلا بالسعر . والثالث أن يكون قد جلب السلع للبيع وذكر القاضي شرطين آخرين أحدهما أن يكون مريدا لبيعها بسعر يومها والثاني أن يكون بالناس حاجة الى متاعه وضيق في تأخر بيعه(١١٠٣) .

(١١٠٠) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٥ ص ٢٣٢ .
(١١٠١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٠ .
(١١٠٢) المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٢٩١ – ٢٩٢ .
(١١٠٣) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٨٠ .

مفهوم بيع الحاضر للبادي :

من استعراض النصوص الفقهية السابقة وأحاديث سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم نستطيع أن نحدد الاطار العام لمفهوم بيع الحاضر البادي ..

وصورة هذا البيع أن يهبط على البلدة غريب بسلعته يريد بيعها بسعر الوقت في الحال أي بسعر اليوم فيأتيه رجل من أهل تلك البلدة ويمنعه من ذلك مشيرا عليه بوضع هذه السلعة لديه حتى يبيعها تباعا وليس دفعة واحدة وبأعلى من هذا السعر .

وبذلك يكون البادي سمسارا أي وسيطا بين الحاضر وبين أهل البلدة في بيع السلعة ولا شك أنه أعلم بمدى احتياج أهل بلدته لها فيضيق عليهم ليبيعها بأعلى سعر مستغلا شدة حاجتهم لها وبذلك ترتفع عمولته ولا جدال في أن ذلك ضرب من الاحتكار .

وعلى ضوء ذلك فلا يدخل في مفهوم بيع الحاضر للبادي المنهى عنه القيام بمهمة السمسرة بغير أجر وانما على سبيل النصيحة يؤكد ذلك ما أخرجه أبو داود من طريق سالم المكى : " أن أعرابيا حدثه أنه قدم بحلوبة له على طلحة بن عبيد الله فقال له : أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع حاضر لبادي ولكن اذهب الى السوق فانظر من يبايعك فشاورنى حتى آمرك وأنهاك ".

وهذا تأكيد لأمره صلى الله عليه وسلم باسداء النصيحة لمن يطلبها ولا شك أن الحضري هو في مسيس الحاجة لها لجهله بأسواق

البلدة وأحوالها[١١٠٤].

حكم بيع الحاضر للبادي :

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال على النحو التالى :

الأول : يرى هذا الفريق من العلماء أن بيع الحاضر للبادي حرام عند توافر الشروط الآتية :

١- العلم بالنهى أي يعلم من يمارس ذلك البيع بأنه منهى عنه .

٢- أن يكون المتاع المجلوب مما يحتاج اليه أي أن يكون من الضروريات التى لا غنى للانسان عنها كالقوت مثلا .

٣- أن يعرض الحضري ذلك على البدوي أما اذا كان العكس فلا حرمة. وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء[١١٠٥] .

الثانى : يرى بعض المالكية عدم صحة هذا البيع ويجب فسخه .

الثالث : يرى عطاء ومجاهد وأبو حنيفة جواز هذا البيع وعدم حرمته لحديث الدين النصيحة وهم يرون بذلك أن السمسار ناصح فهو عامل بالحديث .

الرابع : يرى هذا الفريق أن هذا البيع مكروه تنزيها[١١٠٦].

-•-

(١١٠٤) فتح الباري جـ ٤ ص ٣٧١ .

(١١٠٥) المرجع السابق نفس الموضع .

(١١٠٦) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ١٦٤ – ١٦٥ حيث ورد به الآراء الثلاثة الاخيرة .

الفرع الثالث

النهي عن تلقي السلع من الركبان

الأحاديث النبوية :

١- حدثنا محمد بن بشار حدثنا عبد الوهاب حدثنا عبيد الله العمري عن سعيد بن أبى سعيد عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : " نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن التلقى وأن يبيع حاضر لباد " .

٢- حدثنا مسدَّدُ حدثنا يزيد بن زريع قال حدثنى التيمى عن أبى عثمان عن عبد الله رضى الله عنه قال : " نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن تلقى البيوع " .

٣- حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الى السوق " .

٤- حدثنا الصلت بن محمد ـ حدثنا عبد الواحد حدثنا معمر عن عبد الله بن طاووس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد " .

٥- عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم : " نهى عن تلقى الجلب فان تلقاه فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق(١١٠٧) " .

النصوص الفقهية :

١- جاء في بدائع الصنائع : " ومنها (أي مما يكره من البياعات) بيع متلقى السلع واختلف في تفسيره قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق " . وهذا اذا كان يضر بأهل البلد بأن كان أهله في جدب وقحط فان كان لا يضرهم فلا بأس - وقال بعضهم في تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضا مكروه سواء تضرر به أهل البلد أم لا لأنه غرهم . والشراء جائز في الصورتين جميعا لأن البيع مشروع فى ذاته والنهى في غيره وهو الاضرار بالعامة على التفسير الأول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثانى(١١٠٨) " .

٢- جاء في فتح القدير : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وللتلقى صورتان : احداهما أن - يتلقاهم

(١١٠٧) فتح الباري ج ٤ ص ٣٧٠ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ .
(١١٠٨) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٣٢ .

المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة وشانيتهما أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق أن خرج فرآهم فاشترى ففى معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى(١١٠٩)" .

٣- جاء في القوانين الفقهية لابن جزئ : " النوع الخامس (من البيوعات الفاسدة) تلقى السلعة على ميل وقيل على فرسخين وقيل على مسيرة يوم فأكثر قبل أن تصل الى الأسواق وهو لا يجوز لحق أهل الأسواق فان وقع فاختلف في تأديب المتلقى وفي اشتراك أهل السوق معه ... ويعزر فيه المتلقى بل يباع عليه ليشترك معه أهل السوق فى الصفقه التى استأثر بها(١١١٠).

٤- جاء في المغنى لابن قدامة : " فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قال ابن عبد البر وحكى عن أحمد رواية أخرى : " أن البيع فاسد لظاهر النهى والأول أصح لأن أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار - رواه مسلم والخيار لا يكون الا فى عقد صحيح ولأن النهى لا لمعنى في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها باثبات الخيار(١١١١)" .

(١١٠٩) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٠ .

(١١١٠) القوانين الفقهية لابن جزئ ص ٢٥٩ .

(١١١١) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٨١-٢٨٢ ، وفى نفس المعنى تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ٦٨ والبحر الرائق جـ ٦ ص ٩٩ .

مفهـــوم التلقـــى :

من استعراض الأحاديث النبوية السابقة وكذا بعض النماذج مـن أقوال الفقهاء نستطيع أن نحدد الاطار العام لمفهوم التلقى الـذي يتمثل في تلقى الركبان وابتياع السلعة منهم وهو نوع من الخديعـة والتغرير وتفصيل ذلك أن أحد التجار يصل الى علمه أن قافلة ستحضر الى بلدته محملـة بالبضائع فيسارع الى مقابلتها خارج البلـدة وبذلك يضرب عصفورين بحجر واحد فمن ناحية سيشتري منهم السلـع وفق ما يحدده من سعر لأنهم لا يعلمون مستوى الاسعار فى البلـدة لجهلهم بذلك وتصديقهم لما أوهمهم به وهذا نوع من التغرير ومـن ناحية أخرى يستطيع وقد أصبح زمام تلك السلعة بيده أن يفـرض لها السعر الذي يروق له ويحقق له عائدا يفوق أحلامه وهذا ضـرب من الاحتكار • فكأن تلقى السلع من الركبان ذو مفسدة ـ مزدوجـة تحيق بالبائع من ناحية وبجمهور المستهلكين من ناحية أخرى •

ضوابـط التلقـى :

لكى يتحقق التلقى المنهى عنه لا بد من توافر الضوابط الآتية :

١ـ الخروج من البلدة فيجب على التاجر أن يغادر البلدة الـى مشارفها كى يتلقى القافلة وهذا ما يتمشى مع العلة مـن النهى عن التلقى اذ يتحقق في الخروج التغرير بالركبان لجهلهم بسعر البلدة فضلا عن التحكم في سعر البيع حيث يصير المشتـري محتكرا وحده للسلعـة •

فلو لم يتم الخروج وقدم الركبان الى البلدة لأمكنهم معرفة السعر وطلبوا الحظ لأنفسهم فان لم يفعلوا ذلك فيكون بمثابة تقصير منهم .

الا أن الامام الليث بن سعد رضى الله عنه لم يشترط الخروج بل نبه الى كراهة التلقى أيا كان مكانه سواء في الطريق أو حتى على باب البيت طالما أن السلعة لم تدخل السوق .

٢- يجب أن يتحقق للتلقى مسافة معينة حددها بعض المالكية بمسافة ميل عن البلدة وآخرون حددوها بمسافة فرسخين وأخيرا من يرى أن تكون المسافة على مسيرة يوم فأكثر .

الا أن الشافعية لم يعتدوا بمسافة معينة اذ أن التلقى منهى عنه مطلقا طالت المسافة أم قصيرت .

٣- لا يشترط في القافلة أن تكون راكبة لأن قوله صلى الله عليه وسلم : " لا تتلقوا الركبان " قد يشعر بذلك الا أنه يمكن القول بأن الحديث الشريف قد استصحب الغالب الأعم لأن من يجلب الطعام يكون عادة راكبا لأن الدابة تحمل الطعام وتحمله كذلك الا أنه ليس هناك ما يمنع - عقلا - من تحقق النهى حتى ولو كان رجال القافلة يمشون مترجلين فالحكم واحد في الحالتين[(١١١٢)] .

(١١١٢) فتح الباري جـ ٤ ص ٣٧٤ .

ويثور التساؤل عمن خرج لتلقى الركبان بغرض السلام أو الفرجة أو لحاجة لهم فابتاع منهم فهل يدخل في دائرة النهى ؟ .

الاجابة على ذلك فيها قولان :

الأول : وهو قول الشافعية الذين ينظرون الى العلة من تحريم التلقى واستصحابا لتلك العلة فانه يحكم بعموم النهى فى كل الحالات .

الثانى: وهو لبعض الشافعية ويشترطون للنهى أن يبتدىء المتلقى فيطلب من الجالب البيع فان حدث العكس فلا نهى(١١١٣) .

٤- يأخذ تغرير الركبان أحد الصور الآتية :

أ) أن يكذب المتلقى في سعر البلد ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل .

ب) أن يخبرهم بأنهم سيلاقوا مشقة زائدة في سبيل دخول البلدة .

ج) أن يخبرهم بكساد ما معهم وأن هذه البضاعة لا سبيل لتصريفها بأسواق البلدة(١١١٤) .

حكم تلقى السلع من الركبان :

اذا تم التلقى على الوجه السابق بيانه فان حكمه الكراهة .

(١١١٣) المرجع السابق ص ٣٧٥ .
(١١١٤) المرجع السابق نفس الموضع .

وقد أختلف حول حكم العقد وذلك على قولين :

الأول : ويرى أن البيع فاسد لظاهر النهى في الأحاديث المتقدمة .

الثانى : أن البيع صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا تلقوا الجالب فمن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار " . والخيار لا يكون الا فى عقد صحيح ولأن النهى ليس لذات البيع وانما لأمر خارجى وهو الخديعة التى يمكن استدراكها باثبات الخيار .

لمن يثبت الخيار ؟

لما كان مناط النهى عن التلقى هو التغرير الذي يستتبع الغبن فانه اذا انتفى الغبن فلا خيار .

والخيار يظل لصاحبه حتى يدخل السوق ويقف على حقيقة الأسعار فيه .

أما من له الخيار ؟ . فقد اختلف في ذلك على قولين :

الأول : وهو للامام مالك وقد حمل النهى على نفع أهل السوق لا على نفع رب السلعة فلهم يثبت الخيار .

الثانى : وهو للامام الشافعى ويرى أن الخيار للبائع لأن النهى لأجل منفعته وازالة الضرر عنه وصيانته ممن يخدعه وهذا هو الراجح(١١١٥) .

(١١١٥) المرجع السابق ص ٣٧٤ .

المطلب الثانى

المفهوم الاسلامى لنظرية الاستغلال

أخذ الفقه الاسلامى بنظرية الاستغلال مختلطة بنظرية الغلط فى القيمة وكذا في بيع المضطر وشراؤه لأن اضطراره يكون بمثابة لهفة على البيع والشراء لشدة الحاجة وللاضطرار مما يجعله يتساهل في الثمن مما قد يغري الطرف الآخر على غبنه استغلالا لحاجته . ويمكن كذلك أن يغبن المتعاقد لعدم خبرته أو غبائه .

وكل ذلك مما يتشابه مع ما قرره القانون الوضعى من ضوابط الاستغلال بالنظر الى الطرف المغبون وهى الطيش البين والهوى الجامح .

وقد تناول السادة الفقهاء الغبن كعيب مادي في العقد يقاس بمعيار حسابى وان كان طريق ذلك هو استغلال صفة الرعونه أو الغباء أو عدم الخبرة فى المتعاقد المغبون .

من ذلك ما ردده الحموي فى غمز عيون البصائر بقوله : " خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصى وفي صورة تغرير البائع المشتري بأن كان المشتري غبيا لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن(١١١٦) " .

(١١١٦) غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للحموي – مكتبة الأزهر رقم ٣٤٩ ج ٢ ص ١٩٥ .

وجاء فى حاشية بن عابدين : " بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو أن يضطر الرجل الى طعام أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع الا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك في الشراء منه اذا لم يرض المشتري الا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش ومثاله ما لو ألزم القاضى ببيع ماله لايفاء دينه أو ألزم الذمى ببيع مصحف(١١١٧) .

كذلك روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أنه قال ذكر رجل للنبى صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له صلى الله عليه وسلم : " اذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها فان رضيت فأمسك وان سخطت فاردد(١١١٨) .

تعريف الغبن :

الغبن هو : " أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة لا يساوي الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر "(١١١٩) .

أنواع الغبن :

الغبن نوعان : يسير وفاحش .

(١١١٧) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٦ .

(١١١٨) سبل السلام جـ ٣ ص ٣٥ .

(١١١٩) د. عبد المجيد مطلوب ـ المدخل في التعريف بالفقه الاسلامى وتاريخه وقواعد المال والملك والعقد فيه طبعة ١٩٨٨ ص ٤٦٧ ، د. محمد سلام مدكور ـ المرجع السابق ص ٦٣٢ ، د. محمد فهمى السرجانى ـ المرجع السابق ص ٢٢٣.

ويميز بين هذين النوعين بحسب ما اذا كان الغبن يدخل في تقويم المقومين من عدمه فان دخل كان غبنا يسيرا والا كان غبنا فاحشا .

فاذا اشترى شخص دارا بألف جنيه مثلا وقدرها بعض الخبراء بعد ذلك بتسعمائة وقدرها بعضهم بتسعمائة وخمسين وقدرها فريق ثالث منهم بألف كان الغبن يسيرا لدخوله تحت تقويم المقومين ولو قدرها الجميع بأقل من ألف كان الغبن فاحشا بالنسبة للمشتري وان قدرها بأكثر من ألف كان الغبن فاحشا بالنسبة للبائع (١١٢٠) .

أثر الغبن في العقود :

نفرق فى هذا الصدد بين الغبن الفاحش والغبن اليسير .

أولا : الغبن الفاحش :

يذهب الحنابلة الى ان الغبن يجيز لمن وقع فيه طلب الفسخ سواء اقترن به تغرير أو لم يقترن .

وللغبن الذي يثبت الخيار صور ثلاث :

١- الشراء من الركبان بعد تلقيهم خارج البلدة ثم اذا وصلوا اليها بعد البيع واكتشفوا أنهم غبنوا فان لهم الخيار لقوله صلى الله عليه وسلم " لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار " .

(١١٢٠) د. عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق ص ٤٧٦ .

٢- النجش (بفتح النون وسكون الجيم) :

وهو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها ليقع غيره فيها (١١٢١) .

وصورته أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايد صوري يدفعه للمزايدة في السلعة حتى يعلى ثمنها ولا يقصد المزايد الصوري شراءها وانما أراد رفع ثمنها خدمة لصاحبها عن طريق الترغيب والخديعة لغيره . فمن اشترى على هذا النحو بعد المزايد الصوري فهو بالخيار .

٣- المتعاقد المسترسل :

وهو الذي يجهل قيمة المتعاقد عليه ولا يجيد المساومة مطمئنا في ذلك - بحسن نية - للطرف الآخر في العقد ثم يتبين له أنه غبن غبنا فاحشا فيكون بالخيار (١١٢٢) .

أما الأحناف فلا آثر عندهم للتغرير الا اذا نتج عنه غبن فاحش (١١٢٣) بمعنى أن الغبن الفاحش لا يعول عليه الا اذا صحبه تغرير من المتعاقد الآخر مما يجعل للمغبون حق الخيار (١١٢٤) .

(١١٢١) فتح الباري ج ٤ ص ٣٥٥ (باب النجش) .
(١١٢٢) كشاف القناع ج ٤ ص ٥٤-٥٥ لمنصور بن ادريس المطبعة الشرقية بمصر .
(١١٢٣) رسائل بن عابدين ج ٢ ص ٩٧ طبعة سنة ١٣٢٥هـ .
(١١٢٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، د. حسن الذنون - النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني - رسالة دكتوراه سنة ١٩٤٦ ص ١٦٣ ، المادة (٣٠٠) من مرشد الحيران .

وهذا ما يطلق عليه بعض الفقهاء اصطلاح التغرير الفاحش[١١٢٥] وفى ذلك يقول الزيلعى : " وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا له أن يرده على بائعة بحكم الغبن وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتى بأن البائع ان قال للمشتري قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوي كذا فاشتراه بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم أنه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم : لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتى بالرد ان غره والا فلا "[١١٢٦] .

ورغم ما تقدم فان هناك بعض الفقهاء يرى أن الغبن لا يؤثر مطلقا لأن الخيار الثابت بمقتضى الحديث المتقدم انما كان خاصا برجل ضعيف العقل ضعفا لم يخرج به عن حد التمييز وهو حبان بن منقذ[١١٢٧] .

ثانيا : الغبن اليسير :

الأصل أن الغبن اليسير لا يؤثر في المعاملات لأنه غالبا ما يقع فيها وجرى التسامح فيه فضلا عن أنه واقع في العقد لا محالة مهما احترز منه المتعاقد[١١٢٨] .

(١١٢٥) د. محمد سلام مدكور ـ المرجع السابق ص ٦٣٤ .
(١١٢٦) تبين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ٧٩ .
(١١٢٧) سبل السلام جـ ٣ ص ٣٥ .
(١١٢٨) د. عبد المجيد مطلوب ـ المرجع السابق ص ٤٧٧ .

الا أن الفقهاء استثنوا بعض صور المعاملات التى يجري فيها الغبن اليسير وأثبتوا لمن وقع فيه الخيار • وتلك الصور هى[١١٢٩]:

١- تصرف المريض مرض الموت اذ يثبت لورثته حق الفسخ بعد موته •

٢- تصرف المدين المحجور عليه بسبب الدين فلدائنية حق فسخ عقوده الا اذا رضى المتعاقد الآخر رفع الغبن •

٣- بيع الوصى شيئا من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته له كابنه وزوجته فان الغبن لا يغتفر لما فى البيع من شبهة التواطؤ •

-•-

(١١٢٩) د• عبد المجيد مطلوب - المرجع السابق نفس الموضع ، د• محمد يوسف موسى - المرجع السابق ص ٤١٠ حيث اشار لتلك الصور •

المطلب الثالث

المفهوم الاسلامى لنظرية القوة القاهرة

يبين من استعراض كتب الفقه الاسلامى أن فقهاء المسلمين قد عرفوا نظرية القوة القاهرة ورتبوا لها أحكاما تكاد تتطابق مع ما رتبه القانون الوضعى .

ولنستعرض موقف الفقه الاسلامى من القوة القاهرة لنعلم مدى تطابقها كنظرية مع تلك التى أخذ بها القانون الوضعى .

تعريف القوة القاهرة :

وضع فقهاء المسلمين تعريفا للقوة القاهرة حيث ذكروا أنها : " الآفات السماوية التى لا يمكن معها تضمين أحد " .

ومن أمثلتها : الريح - البرد - الحر - المطر - الجليد - الصاعقة - الزلازل - وما الى ذلك من النوازل التى تؤثر بشدة فى المزروعات والحيوانات وتؤدي الى تلفها وفوات الانتفاع بها (١١٣٠).

شروط القوة القاهرة :

رأينا عند حديثنا بمناسبة المقارنة بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة أن للنظرية الأخيرة ضوابط لابد من

(١١٣٠) رسائل بن تيميه - الرسالة الثامنة ص ٢١٨ .

توافرها ومتفق عليها حتى تترتب أحكامها .

وتكاد تلك الضوابط تتطابق مع ما اشترطه فقهاء المسلمين لتوافر القوة القاهرة وهذه الشروط هي :

١- عدم امكان توقع الحادث القهري .
٢- الا يكون للمدين يد في وجود هذا الحادث .
٣- يجب أن يكون الحادث الفجائي مستحيل الدفع .
٤- أن يؤدي الحادث الى استحالة التنفيذ .

وهذه الشروط متطابقة مع وصف القوة القاهرة في الشريعة الاسلامية فالآفة السماوية حادث قهري لا يمكن توقعه ولا يد للمدين في حدوثه ولا يمكن دفعه ويؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام .

أنواع القوة القاهرة :

قسم فقهاء المسلمين القوة القاهرة الى نوعين : قوة قاهرة كلية وقوة قاهرة جزئية ويفرق بينهما من حيث الأثر .

أثر القوة القاهرة الكلية :

القوة القاهرة الكلية هي الحادث الفجائي الذي يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام مطلقا .

مثال ذلك : حدوث زلزال أدى الى هلاك العين محل عقد الايجار أو هجوم الذئاب على الغنم وفنائها أو نزول الجليد على الزرع واهلاكه .

ويترتب على القوة القاهرة الكلية انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى تراض أو تقاض ولذا قال الفقهاء بأن العقد ينفسخ ولم يقولوا يفسخ لأن الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه فالأول سبب شرعي والثاني حكم شرعي(١١٣١) .

ويستتبع انفساخ العقد تحمل المدين تبعة استحالة التنفيذ وفى ذلك يقول بعض الفقهاء : " في العقود الملزمة للجانبين اذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب قوة قاهرة انقضى هذا الالتزام وسقط عن الطرف الآخر التزامه وانفسخ العقد وبهذا يتحمل المدين تبعة الهلاك سواء في ذلك كانت الاستحالة كلية أم جزئية دائمة أو وقتية وسواء كان العقد بيعا أم اجارة أم شركة(١١٣٢) .

فالمدين في عقد البيع بالنسبة لتسليم المبيع هو البائع الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا والدائن بالالتزام المستحيل هو المشتري والالتزام المستحيل هو تسليم المبيع الهالك فتبعة الهلاك على البائع .

وفى عقد الايجار اذا هلكت العين المؤجرة فالمدين هو المؤجر والدائن هو المستأجر فتبعة الهلاك على المؤجر أي مالك العين المؤجرة .

(١١٣١) الفروق – للقرافى جـ ٣ ص ١٦٥ .

(١١٣٢) د. محمد زكى عبد البر – نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى ص ٧٧ .

والدليل على أن أثر القوة القاهرة الكلية هو انفساخ العقد وتحمل المدين تبعة هذا الانفساخ ما روى عن أبى الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق " (١١٣٣) .

وكذا قوله صلى الله عليه وسلم : " كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه " .

والقوة القاهرة الكلية تعفى المدين من كل التزام ولا يشترط لترتيب ذلك الأثر اخطار الدائن كما يشترط ذلك القانون الوضعى لأن القاعدة فى الشريعة الاسلامية أن من لا يشترط رضاه بالفسخ لا يشترط علمه به (١١٣٤)" .

ولا شك أن الانفساخ يترتب كأثر للقوة القاهرة دون رضاء من الدائن وعلى ذلك لا يشترط اخطاره بتحلل المدين من التزامه .

ثانيا : القوة القاهرة الجزئية :

يترتب على القوة القاهرة الجزئية هلاكا جزئيا للمعقود عليه فينفسخ العقد تبعا لذلك بالنسبة للجزء الهالك ويبقى بالنسبة لما لم يهلك .

(١١٣٣) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢١٦ باب وضع الجوائح .

(١١٣٤) قواعد بن رجب ـ القاعدة ٦٣ ص ١١٥ ، د. محمد زكى عبد انبر ـ المرجع السابق ص ٨٥ ـ ٨٩ .

وقد أورد الكاساني في بدائعه : " أما اذا هلك بعض المبيع فان كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر اذا كان النقصان نقصان قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شئ من الثمن .

وهلاك بعض المعقود عليه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذ حصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه (١١٣٥) " .

وأورد السرخسي في مبسوطه أنه : " اذا تكارى غلاما ودابة فأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الأجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة (١١٣٦) " .

يبين مما ورد في كتب الفقه أن القوة القاهرة الجزئية لا تسبغ وصف الاستحالة على كل أداءات العقد وانما على بعضها فقط وبالتالي ينفسخ العقد بالنسبة للجزء الهالك ويبقى لما لم يهلك ويمكن تنفيذه من التزامات العقد ويحط من الثمن ما يقابل الأداء الهالك محلة الا أن للدائن أن يطلب فسخ العقد كله وحجته في ذلك أنه كان ينظر لأداءات العقد على أنها متكاملة وها هي قد تفرقت عليه الصفقه مما يخالف مقصوده فيثبت له خيار الفسخ .

-٠-

(١١٣٥) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٣٨ .
(١١٣٦) المبسوط للسرخسي جـ ١٥ ص ١٧٨ .

خاتمة

بعد أن فرغنا من تحديد الاطار الخاص بنظرية الظروف الطارئة نستطيع استخلاص الحقائق الآتية : ــ

ــ أولا : ــ

ثبت أن نظرية الظروف الطارئة لم تكن معروفة بمفهومها الحالى لدى الشرائع القديمه وان كانت تلك الشرائع قد ضمت بين جنباتها تطبيقات متناثره لأحكام الطوارئ كعلاج لظروف معينة كانت تحدث فى المجتمع دون أن ترقى هذه التطبيقات لمستوى النظرية العامة ٠

الا أن الأمر كان على العكس من ذلك فى ظل العصور الوسطى والتى كان من بين نظمها القانون الرومانى والكنسى وقد شب القانون الأخير وترعرع فى أحضان مبادئ الديانة المسيحية القائمة على السماحة والعدل والمساواة وما تلك المبادئ الا المعطيات الحقيقية لنظرية الظروف الطارئة فلم يكن غريبا والحال كذلك أن تصاغ أحكام الطوارئ فى كنف القانون الكنسى ومنه انتقلت الى قوانين أوربا الحديثه خاصة القانونين الايطالى والبولندى ٠

ــ ثانيا : ــ

انتهينا الى أن أساس النظرية يتبلور فى ذلك الشرط الضمنى والذى يثور بصدد كل عقد ومقتضاه اعادة النظر فى الالتزامات العقدية اذا ما جدت ظروف لم تكن فى الحسبان وقت ابرام العقد وأدت الى انهيار التوازن الاقتصادى له بما يهدد أحد الطرفين بخسارة فادحة ٠

ولم يكن اختيارنا لهذا الأساس محض صدفة أو رمية من غير رام ولكن كان مرشدنا اليه الفلسفة التى تقوم عليها النظرية ذاتها والتى ما اقرها المشرع

الا لانقاذ المدين المرهق من الخراب الذى سيحل به لو نفذ التزامه رغم قيام تلك الظروف.

فكأن كل طرف فى العقد يضمر ضمنا شرطا مؤداه أنه يبقى على التزامه وينفذه بالكيفية المتفق عليها مادامت ظروف ابرام العقد هى التى تسود حيال تنفيذه.

وهذا ماعبرت عنه بدقة محكمة القاهرة الابتدائية فى حكمها الشهير فى ١٩٥٣/١٠/٣١ والذى أوجزت فيه حال المدين الذى يود الافلات من تنفيذ التزامه ولو كلفه ذلك جدع أنفه وفى المقابل يود الدائن انتهاز الغنم الكبير ويلح ويلحف فى ضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه بصرف النظر عما عساه يصيبه من خسارة تمثل مكسبا للجانب المقابل.

فمن أين أتت المحكمة بهذا التفسير لحال المدين والدائن وهما لم يصرحا بما عبرت عنه؟ لاشك أن رائدها فى ذلك هو استصحاب فطرة الانسان فى معاملاته فضلا عن الخلفية التى أدت الى اقرار تلك النظرية.

ـ ثالثا : ـ

عند تناولنا لنطاق النظرية آثرنا أن نجعل منها اطارا عاما يشمل غالب مظاهر التعامل بوسيلة العقد انطلاقا من مفهومنا لطبيعة الاستثناء الذى بمقتضاه تقررت تلك النظرية اذ أنها استثنيت من المبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين " والذى قررته الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) مدنى واستثناء من هذا المبدأ تقررت فى الفقرة الثانية نظرية الظروف الطارئة واذا كان المبدأ عام يسرى على كافة العقود فالاستثناء كذلك أيضا.

وعلى ذلك انتهينا الى شمول أحكام الطوارئ للعقود الاحتمالية بعد

أن أوضحنا أن العقد الاحتمالي يشمل نوعين من الاحتمال احدهما خاص وهذا مايشكل عنصرا جوهريا في العقد يتقبل الطرفان مغبته والثاني عام لم يرد في حسبان أيهما ولذلك يسرى عليهما بشأنه مايسرى على كافة العقود وهو الاحتكام لمبدأ الطوارئ عند توافر ضوابط ذلك.

وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي محل الأداء فيها مبلغ من النقود في حالة الارتفاع أو الانخفاض الفاحش في قيمتها.

ـ رابعا : ـ

اذا كنا قد تناولنا أوصاف الظرف الطارئ سواء مايتعلق منها بالمدين وهو عدم التوقع وعدم الارادية وعدم القدرة على الدفع أو ماتعلق منها بالحادث الطارئ في ذاته كالاستثنائية والعمومية فان لنا وقفة ازاء الوصف الأخير وهو العمومية.

ودافع الوقفه أنه وصف غريب ودخيل على تلك النظرية وتفصيل ذلك أن المشرع المصرى قد أخذ تلك النظرية من التقنين البولندى والايطالي وهذين التقنينين لم يرد بهما هذا الوصف. مما يثير الدهشه حول مغزى تبني المشرع المصرى له.

ومما يزيد أمر هذه الدهشة أن المشرع المصرى يحاول جاهدا ماوسعه ذلك اقتفاء أثر فقه الشريعه الاسلاميه الغراء والتي لم تعتد بوصف العمومية بل ان غالب تطبيقات الظروف الطارئة بشريعتنا الغراء لم تكن الا لظروف فردية خاصة.

لكل ذلك نهيب بمشرعنا أن يبادر في أول تعديل تشريعي الى حذف هذا الوصف.

– خامسا : –

لقد ثار الجدل حول نص المادة (٢/١٤٧) من حيث كونه نصا آمرا وقد انتهينا الى أن صفة الأمر فيه تقتصر على مرحلة ابرام العقد ولا تشمل الفتره اللاحقة لذلك ولهذا علته وهى حماية المدين من عسف الدائن خاصة وأن الأخير قد يستغل حاجة الأول ويضغط على ارادته ليقبل التنازل عن حقه في طلب رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ولذلك فلسنا مع من ينادى بجعل هذا النص من القواعد المكملة لأن فى ذلك اهدار لارادة المشرع وممالأة للدائن ليس لها مايبررها سوى الانتصار للظلم واضفاء الشرعية على مظاهر التحايل والاستغلال .

– سادسا : –

أثارت مسألة مدى جواز فسخ العقد الذى تأثرت أداءاته بالظرف الطارئ جدلا كثيرا وكان من رأى بعض الفقهاء اعطاء هذه المكنة للقاضى الا أننا لم نحبذ ذلك ولم نشجعه ففضلا عن أن المدلول اللغوى لعبارة "أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول" لايتسع للفسخ كأحد مظاهر رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول لأن المشرع لو كان يسمح بذلك لنص عليه صراحة وأخيرا فان من المبادئ المستقرة أن الاستثناء يؤكد القاعدة وقد استثنى المشرع بعض تطبيقات النظرية وأعطى لها أحكاما خاصة منها جواز الفسخ ومن مثال ذلك انهاء الاجارة للعذر (م٦٠٨ مدنى) وفسخ عقد المقاولة حال انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات رب العمل والمقاول (م٦٥٤/٤) وفى هذا تأكيد على أن المبدأ العام الذى قرره المشرع فى المادة (٢/١٤٧) لايشمل مكنة الفسخ .

وعلى ذلك تقف سلطة القاضى وهو بصدد رد الالتزام المرهق الى الحد

المعقول فى زيادة التزام الدائن أو انقاص التزام المدين أو الجمع بين هاتين الوسيلتين أو وقف العقد ان كان يرجى زوال أثر الظرف الطارئ فى وقت لا يضر معه الوقف بحقوق الطرفين ٠

وقبل ذلك عالجنا وسيلة المدين لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وهى رفع الدعوى بذلك أمام القضاء اذا لم تفلح التسوية الودية مع الدائن وقد تعرضنا ونحن فى هذا الصدد الى نطاق دعوى رد الالتزام المرهق من حيث الأشخاص وانتهينا الى جواز رفع هذه الدعوى من قبل الخلف العام فى حدود القاعدة الشرعية " لا تركة الا بعد سداد الديون " ٠

كذلك الحال بالنسبة للخلف الخاص اذ له رفع هذه الدعوى فى حدود الحق الذى آله اليه من سلفه فضلا عن أن للدائن أن يرفع دعوى غير مباشرة باسم مدينه وعلى مدين ذلك المدين للمطالبة بحق المدين فى رد التزامه المرهق الى الحد المعقول اذا كان تقاعسه عن هذا الطلب يؤدى الى اعسارة أو زيادة هذا الاعسار ٠

ـ سابعا : ـ

نستطيع الجزم بأن الشريعة الاسلامية قد شادت للظروف الطارئة صرحا شامخا تميزت أحكامه بالمنطق والسلاسة ويرجع ذلك الى أن فقهاء المسلمين قد استندوا فى ايجاد الحلول الخاصة بتطبيقات النظرية الى تطبيق مبادئ العدالة بأسمى معانيها مسترشدين فى ذلك بما أقره الشرع الاسلامى الحنيف فى الكتاب والسنة النبوية المشرفة من المساواة بين المتعاقدين فى الحقوق والالتزامات وما أمر به الشرع من ازالة الضرر عن المدين اذا ماعجز عن المضى فى موجب العقد بسبب الحادث الطارئ الذى لم يتوقعه عند ابرام العقد وما دعت اليه الشريعة الاسلامية السمحاء من رفع الضيق والحرج ومن عدم

تكليف النفس خارج الوسع والطاقة مما يعد أساسا متينا لهذه النظرية .

ـ ثامنا : ـ

اذا كانت نظرية الظروف الطارئة من مسميات القانون الوضعي فان تلك التسمية لا وجود لها في الشريعة الاسلامية التي لم يحفل فقهاؤها بالقوالب الشكلية وانما كان جل همهم هو وضع الحلول العملية لما يعرض عليهم من مسائل ولذلك يمكن القول بأن هذه النظرية لها مظاهر ثلاثة في الفقه الاسلامي فهناك فسخ الاجارة للعذر والصلح على الأوسط حال تقلب قيمة النقود وقد توسع الأحناف في نظرية العذر من حيث التطبيق وكذلك في الصلح على الأوسط لمعالجة تقلب قيمة النقود وهناك أخيرا نظرية الجوائح والتي تكون معالجتها عن طريق الحط من الثمن مقابل ما أتلفته الجائحة ولا شك أن للمالكية باع كبير في هذه النظرية يتكافأ مع ما للأحناف في نظرية العذر .

ـ تاسعا : ـ

تميزت الشريعة الاسلامية عن القضاء المدني بسهولة الحلول التي وضعت لعلاج أثر الظرف الطارئ ويرجع ذلك الى أن فقهاء الشريعة الغراء كانوا يعالجون الأمر من خلال مبادئ كلية عامة تفتح الباب للاجتهاد المثمر من غير حرج طالما كان ذلك في اطار الكتاب والسنة .

وعلى العكس من ذلك فالقضاء المدني مقيد بالنصوص الوضعية بقيودها الشكلية التي تحد من مرونة القاضي والتي قد تجعل حكمه في بعض الأحيان بعيدا عن محاكاة العرف السائر في المجتمع .

ـ عاشرا : ـ

لا شك أن استخلاص نظرية عامة للظروف الطارئة فى الفقه الاسلامى على غرار القالب الشكلى فى القانون الوضعى هو أمر ليس بالهين بل تحوط به صعوبات جمة ويرجع ذلك لعدة أسباب منها أن نظرية الظروف الطارئة غير مصاغة بطريقة فنية كنظرية عامة وانما كانت بمثابة تطبيقات عملية للمسائل التى تعرض على الفقهاء ٠

ولذلك نهيب بالقائمين على الأمر المسارعة بعمل الآتى : ـ

(١) العمل على انشاء فهارس دقيقه ومنظمة للمراجع الكبيرة على نمط الفهارس الحديثة للقوانين الوضعية مما يسهل على الباحثين وطلاب العلم القيام بمهمتهم ٠

(٢) جمع ما فى الكتب الشرعية لكل مذهب على حدة فى موسوعة على أن يراعى فى جمعها الترتيب التاريخى الزمنى ٠

(٣) يجب الاسراع فى طبع المخطوطات الموجودة فى كافة الدول الاسلامية حتى يمكن الاستفادة منها على نطاق واسع نظرا لما تحويه تلك المخطوطات من أفكار قيمة تثرى الفقه الاسلامى وتمد طلاب العلم بثروة علمية كبرى لا تدانيها ثروة أخرى وبذلك يحق لنا أن نتباهى بين مفكرى العالم بأن لدينا من الفقه ما لا يلاحقه فقه آخر ٠

ـ حادى عشر : ـ

لقد لاحظنا أن معظم التشريعات العربية نقلت عن التقنين المدنى المصرى نظرية الظروف الطارئة وتلك خطوة مشجعة تثلج الصدر لأننا كما نتباهى بذوبان الحواجز بين البلاد العربية ونريد تأسيس سوق عربية مشتركة على غرار قرينتها الأوربية فان لنا أن نطمع فى وحدة تشريعية تذوب معها

ظنون الاغتراب فى أى بلد عربى وتجعل لغة القضاء من المشرق الى المغرب واحــدة ٠

ولأجل هذا الهدف ــ وما أسماه ــ نهيب بمشرعى الدول العربية التى لم تأخذ بتلك النظرية ــ كالقانون اللبنانى ــ أن تسارع الى الأخذ بهــا فذلك أدنى الى توحيد الحلول القضائية فضلا عما فيه من استكمال رتــق الثقوب فى الصرح العربى الموحد ٠

وبعد فهذا ماوفقنى الله لتحريره وأرجو أن يلقى لديه سبحانه وتعالى القبول ولدى أساتذتى الأفاضل ٠ وما توفيقى الا بالله عــز وجــل ٠

قائمـــة المراجـــع

أولا : تفسير القرآن الكريم : ــ

١ ــ تفسير القرطبى : الجامع لأحكام القرآن ــ المجلد الثالث ــ الناشر دار الغد العربى ٠

ثانيا : كتب الحديـث : ــ

١ ــ فتح البارى : شرح صحيح البخارى للامام ابن حجـــر العسقلانى دار الفكر ٠

٢ ــ صحيح مسلم : بشرح الشيخ محى الدين أبى زكريا يحيى النووى ٠

٣ ــ سبل السلام : لمحمد بن اسماعيل الأمير اليمنى الضعانى طبعة ثانية سنة ١٣٦٩ هـ ــ مطبعة الحلبى ٠

٤ ــ نيل الأوطار من أحدايث سيد الأخيار ــ شرح منتقـــى الأخبار الجزء ٥، ٦ للشيخ محمد بن على بن محمـــد الشوكانى ــ دار الجيل ــ بيروت ــ لبنان طبعة ١٣٩٣ هـ ــ ١٩٧٣ م ٠

ثالثا : المراجع باللغة العربية : ــ

(١) رسائل الدكتوراه : ــ

ــ د٠ توفيق حسن فرج ــ نظرية الاستغلال فى القانون المصـــرى سنة ١٩٥٧ م ٠

ــ د٠ حسبو الفزارى ــ أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن سنة ١٩٧٩ م ٠

- د· حسن الذنون : - النظرية العامة للفسخ فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى سنة ١٩٤٦ م·
- د· حسين عامر : - التعسف فى استعمال الحق سنة ١٩٦٠ م·
- د· عبد الحى حجازى : عقد المدة سنة ١٩٥٠ م·
- د· عبد المنعم فرج الصدة : عقود الاذعان فى القانون المصرى ١٩٤٦ م·
- د· محمد شوقى السيد : نظرية التعسف فى استعمال الحق سنة ١٩٧٩ م·

(٢) القانون المدنى : -

- د· احمد حشمت أبو ستيت :

نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد - مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٥٤ م·

- د· احمد سلامة :

مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام سنة ١٩٧٨·
المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثانى - نظرية الحق سنة ١٩٧٤·

- د· احمد شرف الدين :

- مقدمة القانون المدنى (نظرية الحق) سنة ١٩٨٧ م·

- د· احمد شوقى عبد الرحمن :

- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام سنة ١٩٨٩ م·

- د· احمد فتحى زغلول :

- شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ م·

- د· اسماعيل غانم :

- فى النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام سنة ١٩٦٦ م·
- الوجيز فى البيع سنة ١٩٦٣ م·

ـ محاضرات فى النظرية العامه للحق سنة ١٩٥٨ م٠

ـ د٠ انور سلطـــان :

ـ النظرية العامة للالتزام الجزء الأول ـ مصادر الالتزام سنة ١٩٥٥ م٠

ـ عقد البيع بالاشتراك مع د٠ جلال العدوى سنة ١٩٦٦ م٠

ـ د٠ توفيق حسن فرج :

ـ المدخل للعلوم القانونية سنة ٦٩ ـ ١٩٧٠ م٠

ـ د٠ ثروت أنيس الأسيوطى :

ـ مبادئ القانون ـ الجزء الأول سنة ١٩٧٤ م٠

ـ د٠ جلال العدوى:

ـ أصول المعاملات سنة ١٩٦٧ م٠

ـ د٠ جميل الشرقاوى :

ـ النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ـ العقد والارادة المنفردة سنة ١٩٧٤ م٠

ـ النظرية العامة للالتزام ـ المصادر غير الارادية سنة ١٩٧٤ م٠

ـ البيع والمقايضة سنة ١٩٧٥ م٠

ـ دروس فى أصول القانون ـ الكتاب الثانى ـ نظرية الحق سنة ١٩٧٠ م٠

ـ د٠ حسام الدين كامل الأهوانى :

ـ أصول القانون سنة ١٩٨٨ م٠

ـ د٠ حسن كـيرة :

ـ المدخل الى القانون سنة ١٩٧٤ م٠

ـ د٠ حسين النورى :

ـ نظرية العقد سنة ١٩٦٠ م٠

- د٠ حسين عامر :

- نظرية سوء استعمال الحق سنة١٩٤٧ م٠
- القوة الملزمة للعقد سنة١٩٤٩ م٠

- د٠ حلمى بهجت بدوى :

- أصول الالتزامات سنة١٩٤٣ م٠

- د٠ حمدى عبد الرحمن :

- المدخل الى القانون ـ نظرية القانون ٠
- ايجار الأماكن فى ضوء القانون المدنى وقوانين الاسكان وأحكام القضاء سنة١٩٨٦ م٠

- د٠ خميس خضر :

- عقد البيع فى القانون المدنى سنة١٩٧٢ م٠

- د٠ سعد واصف :

- شرح قانون التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات سنة١٩٦٣ م٠

- د٠ سليمان مرقس :

- شرح القانون المدنى الجديد ـ الجزء الثانى فى الالتزامات١٩٦٤ م
- عقد الايجار سنة١٩٥١ م٠
- عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد بالاشتراك مع د٠ محمد على امام سنة١٩٥٥ م٠

- د٠ سمير تناغو :

- عقد البيع سنة١٩٧٣ م٠
- شرح قانون الاصلاح الزراعى والقوانين المعدلة له والمتعلقه به١٩٧٠٠

ـ د. شمس الوكيل :

ـ دروس فى الالتزامات سنة ١٩٦٠ م .

ـ د. عبد الحى حجازى :

ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ مصادر الالتزام (المصادر الارادية) سنة ١٩٦٢ م .

ـ موجز النظرية العامة للالتزام ـ بقية المصادر الارادية ـ أمراض العقد ـ الارادة المنفردة سنة ١٩٦٧ م .

ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الثانى ـ أحكام الالتزام (١) الآثار سنة ١٩٦٧ م .

ـ المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٦ م .

ـ د. عبد الرحمن عياد :

ـ أساس الالتزام التعاقدى ـ النظرية والتطبيقات سنة ١٩٧٢ م .

ـ د. عبد الرزاق احمد السنهورى :

ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ المجلد الأول ـ العقد سنة ١٩٨١ م .

ـ الوسيط ـ المجلد الأول ـ الاثبات سنة ١٩٨٢ م .

ـ الوسيط ـ المجلد الثانى ـ آثار الالتزام سنة ١٩٨٢ م .

ـ الوسيط ـ المجلد الثانى ـ العمل الضار والاثراء بلا سبب سنة ١٩٨١ .

ـ الوسيط ـ الجزء الثالث ـ المجلد الأول ـ أوصاف الالتزام والحوالة سنة ١٩٨٣ م .

ـ الوسيط ـ الجزء الرابع ـ البيع والمقايضة .

ـ العقود الواردة على الانتفاع بالشىء ـ الايجار والعارية .

ـ العقود الواردة على العمل ـ المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة سنة ١٩٦٤ م .

- د٠ عبد الفتاح عبد الباقى :

- دروس فى أحكام الالتزام٠
- قانون ايجار الأماكن سنة ١٩٥٢ م٠

- د٠ عبد المنعم البدراوى :

- النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى الجزء الأول — مصادر الالتزام سنة ١٩٧١ م٠
- النظرية العامة للالتزامات — الجزء الثانى — أحكام الالتزام ١٩٧٥ م٠
- عقد البيع سنة ١٩٥٨ م٠
- مبادئ القانون — الكتاب الثانى — نظرية الحق٠

- د٠ عبد المنعم فرج الصدة :

- مصادر الالتزام سنة ١٩٦٠ م٠
- قانون ايجار الأماكن سنة ١٩٥٧ م٠

- د٠ عبد الناصر العطار :

- نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية — الكتاب الأول — مصادر الالتزام — سنة ١٩٧٥ م٠
- شرح أحكام الايجار سنة ١٩٧٠ م٠

- د٠ عبد الودود يحيى :

- دروس فى أحكام الالتزام٠
- دروس فى الاثبات٠
- المدخل لدراسة القانون — نظرية الحق سنة ١٩٦٩ م٠

- د٠ فتحى عبد الرحيم عبد الله :

- دروس فى أحكام الالتزام — مكتبة الجلاء بالمنصورة٠

ـ د. محمد حسنى عباس:

ـ العقد والارادة المنفردة سنة ١٩٥٩ م.

ـ د. محمد شكرى سرور :

ـ موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدنى المصرى سنة ١٩٨٥ م.

ـ د. محمد على عرفة :

ـ مبادئ العلوم القانونية ـ الجزء الأول ـ طبعة ثانية سنة ١٩٥٠ م.

ـ شرح قانون الاصلاح الزراعى ـ طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ م.

ـ د. محمد كامل مرسى :

ـ شرح القانون المدنى الجديد ـ الجزء الأول ـ الالتزامات ١٩٥٤ م.

ـ د. محمد لبيب شنب:

ـ دروس فى نظرية الالتزام ـ مصادر الالتزام سنة ١٩٨٩ م.

ـ دروس فى نظرية الالتزام ـ الاثبات ـ أحكام الالتزام سنة ١٩٧٤ م.

ـ شرح أحكام عقد المقاولة سنة ١٩٦٢ م.

ـ شرح أحكام عقد البيع سنة ١٩٦٢ م.

ـ د. محمد مختار القاضى :

ـ أصول الالتزامات سنة ١٩٦٧ م.

ـ د. محمد وهيبه :

ـ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى سنة ١٩٣٦ م.

ـ د. محمود جمال الدين زكى :

ـ نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ـ المصادر سنة ١٩٦٦ م.

ـ نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ـ الجزء الثانى ـ أحكام الالتزام

ـ الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٧٦ م.

ـ د٠ منصور مصطفى منصور :

ـ المدخل للعلوم القانونية ـ نظرية القانون سنة ١٩٦٩ م٠

ـ قانون ايجار الأماكن سنة ١٩٥٦ م٠

ـ أنور العمروسى :

ـ التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل ٠

ـ شرح قانون الاصلاح الزراعى سنة ١٩٦٣ م٠

ـ زكى سعيد البدرمانى :

ـ شرح قانون الاصلاح الزراعى الجزء الأول سنة ١٩٥٥ م٠

ـ شرح قانون الاصلاح الزراعى ـ الجزء الثانى ـ الأحكام والقرارات القضائية سنة ١٩٥٥ م٠

ـ محمد كمال عبد العزيز :

ـ التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء سنة ١٩٨٠ م٠

ـ مصطفى الزرقا :

ـ القانون المدنى السورى ـ البحوث العربية سنة ١٩٦٩ م٠

(٣) الفقه الاسلامى : ـ

ـ أسنى المطالب ـ شرح روض الطالب لأبى يحيى زكريا الأنصارى طبعة سنة ١٣١٣ هـ٠

ـ الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ ـ دار احياء الكتب العربية ـ عيسى البابى الحلبى ٠

ـ الأشباه والنظائر لابراهيم زين الدين ابن نجيم طبعة سنة ١٢٩٨ هـ ـ المطبعة الحسنية بمصر ٠

- الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك لمذهب الامام مالك لأحمد بن محمد أحمد الدردير مطبعة دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٤ م.
- البحر الرائق - شرح كنز الدقائق لمحمد بن حسين بن على المشهور بالطورى - الطبعة الأولى المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٩ هـ.
- البحر الزخار - الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى الطبعة الأولى مكتبة الخانجى بمصر سنة ١٣٦٨ هـ سنة ١٩٤٩ م.
- التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل - الطبعة الأولى - مطبعة السعادة.
- الأم لمحمد بن ادريس الشافعى طبعة سنة ١٩٦٩ م - ١٣٨٢ هـ - دار الشعب.
- الدر المنتقى فى شرح الملتقى على هامش مجمع الأنهر لمحمد بن علاء الدين الامام دار الطباعة العامرة بمصر سنة ١٣١٩ هـ.
- المغنى لأبى محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ طبعة ثالثة سنة ١٣٦٧ هـ - دار المنار.
- المهذب لأبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز بادى الشيرازى طبعة سنة ١٢٧٦ هـ مطبعة الحلبى.
- المحلى لأبى محمد بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسى ادارة الطباعة المنيرية تحقيق محمد منير الدمشقى سنة ١٣٥٠ هـ.
- الفتاوى الهندية على مذهب الامام أبى حنيفة النعمان - من وضع جماعة من علماء الهند.
- الفقه الواضح فى مذهب الامام مالك ليوسف عبد الرحمن المنياوى.
- الفروق بهامش تهذيب الفروق لمحمد على حسين لشهاب الدين أبو العباس احمد القرافى طبعة أولى سنة ١٣٤٤ هـ مطبعة دار احياء الكتب العربية.

ـ القواعد لأبى الفرج عبد الرحمن بن رجب طبعة سنة ١٩٣٣م ١٣٥٢ هـ
ـ القوانين الفقهية لأبى القاسم محمد بن احمد بن جزئ الغرناطى الكتاب الثالث طبعة لبنان .
ـ الفتاوى لتقى الدين بن تيمية الحرانى ـ المتوفى سنة ٧٢٨ هـ مطبعة كردستان العلمية بمصر .
ـ المبسوط لشمس الدين ابو بكر محمد بن سهل السرخى طبعة أولى مطبعة السعادة ـ مصر .
ـ المدونة الكبرى ـ رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخى للامام مالك بن أنس الأصبحى طبعة أولى سنة ١٣٢٣ هـ مطبعة السعادة .
ـ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ـ مختصر المقنع طبعة ثالثة ١٣٥٢ هـ
ـ الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى طبعة سنة ١٣٧١ هـ .
ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء ـ الطبعة الثانية سنة ١٤٢٠ هـ الناشر دار الكتاب العربى بيروت ـ لبنان .
ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبى طبعة سنة ١٣٨٦ هـ .
ـ بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ـ للشيخ احمد بن محمد الصاوى المالكى على الشرح الصغير لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير ـ مطبعة عيسى البابى الحلبى .
ـ تبيين الحقائق ـ شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى طبعة أولى سنة ١٣٦٣ هـ ـ مطبعة الأميرية ـ بولاق مصر .
ـ حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصارى .
ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى طبعة سنة ١٣٤٥ هـ .

ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ـ المسماة بحاشية ابن عابدين ـ مطبعة درب سعادة سنة ١٢٣٣ هـ ٠

ـ رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق لأبى محمد بن محمود بن أحمد العينى دار الطباعة العامرة بمصر سنة ١٢٨٠ هـ ٠

ـ شرح الزرقانى على مختصر خليل للشيخ عبد الباقى الزرقانى ٠

ـ شرح الشيخ عبد الله دراز على كتاب الموافقات لأبى اسحاق الشاطبى جـ٢ دار المعرفة للطباعة و النشر ـ الطبعة الثانية سنة ١٣٩٥ هـ سنة ١٩٧٥ م ٠

ـ غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموى طبعة سنة ١٢٩٠ هـ ٠

ـ فتح القدير مع تكملة نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار للكمال بن الهمام السكندرى المعروف بقاضى زادة طبعة سنة ١٣١٧ هـ ـ الطبعة الأميرية ـ بولاق مصر ٠

ـ قليوبى وعميرة حاشيتا الامامين المحققين المرققين الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلى ـ الناشر مكتبة ومطبعة محمد على صبيح بميدان الأزهر ٠

ـ كشاف القناع على متن الاقناع لمنصور بن يوسف بن ادريس طبعة سنة ١٣٢٠ هـ ـ مطبعة المنار ٠

ـ مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بشيخ زادة الجزء الثانى طبعة سنة ١٣١٩ هـ دار الطباعة العامرة ٠

ـ مجموعة رسائل بن عابدين ـ الرسالة الثانية ـ تبنيه الرقود على مسائل النقود ـ لابن عابدين(محمد أفندى أمين) طبعة سنة ١٣٢٥ هـ ٠

ـ مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا طبعة رابعة ١٩٣١ م المطبعة الاميرية ٠

- مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب طبعة سنة ١٣٥٢ هـ.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى - المشهور بالحطاب طبعة سنة ١٣٢٩ هـ مطبعة السعادة.
- نهاية المحتاج شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن شهاب الدين احمد الرملى طبعة سنة ١٢٩٢ هـ - المطبعة العامرة.
- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار لمحمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكانى مطبعة بولاق سنة ١٢٩٧ هـ.

- كتب فقهية معاصرة : -

- الفقه الاسلامى - مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى طبعة سنة ١٣٧٧ هـ سنة ١٩٥٨ م - مطبعة دار الكتب الحديثة.
- المدخل للفقه الاسلامى للدكتور محمد سلام مدكور طبعة سنة ١٩٦٩ م دار النهضة العربية.
- المدخل فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد مصطفى شلبى طبعة سنة ١٩٨٥ الدار الجامعية بيروت - لبنان.
- المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وتاريخه وقواعد المال والملك والعقد فيه للدكتور عبد المجيد مطلوب طبعة سنة ١٩٨٨ م.
- الفقه الاسلامى فى أحكام العقود للدكتور محمد مصطفى شحاته الحسينى طبعة سنة ١٩٧٧ م مطبعة دار التأليف.
- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للدكتور محمد فهمى عدلى السرجانى طبعة سنة ١٩٧٧ م المكتبة التوفيقية.

ـ أحكام الوصية فى الفقه الاسلامى للدكتور / محمد عبد المنعم حبشى طبعة سنة ١٩٨٤ م٠

ـ الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيرى طبعة سنة ١٩٣٥ مطبعة الارشاد بمصر٠

ـ موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الاسلامى يصدرها المجلس الأعلى للشئون الاسلامية٠

ـ نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد زكى عبد البر٠

(٤) مراجع عامة : ـ

ـ د٠ احمد جامع ود٠ زين العابدين ناصر :

ـ أصول الاقتصاد طبعة ٨٦ ـ ١٩٨٧ م ـ دار النهضة العربية٠

ـ د٠جليوجاد عبد الرحمن ود٠ سعيد النجار :

ـ مبادئ الاقتصاد السياسى طبعة سنة ١٩٥٣ م٠

ـ د٠ حازم الببلاوى :

ـ نظرية النقود ـ منشأة المعارف بالاسكندرية٠

ـ د٠ سليمان الطماوى :

ـ الأسس العامة للعقود الادارية "دراسة مقارنة" دار الفكر العربى سنة ١٩٦٥ م٠

ـ د٠ شفيق شحاته :

ـ نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى سنة ١٩٦٣ م٠

ـ التاريخ العام للقانون فى مصر القديمة والحديثة سنة ١٩٦٢ م٠

ـ د٠ صوفى حسن أبو طالب:

ـ مبادئ تاريخ القانون سنة ١٩٦٧ م٠

ـ د٠ على حسن يونس:

ـ العقود التجارية " عقود الوساطة " سنة ١٩٨٤ م٠

ـ د٠ فؤاد العطار:

ـ القانون الادارى ـ طبعة ثالثة سنة ١٩٧٦ م٠

ـ د٠ فؤاد هاشم عوض:

ـ اقتصاديات النقود والتوازن النقدى سنة ١٩٦٩ م٠

ـ د٠ محمد عبد المنعم بدر ود٠ عبد المنعم البدراوى:

ـ مبادئ القانون الرومانى ـ تاريخه ونظمه سنة ١٩٥٦ م٠

ـ د٠ محمود أبو السعود حبيب ود٠ محمد سعيد حسين أمين:

ـ مبادئ القانون الادارى ـ حقوق وسلطات الادارة سنة ٨٧ ـ ١٩٨٨٠

ـ د٠ محمود السقا:

ـ تاريخ القانون المصرى سنة ١٩٧٠ م٠

ـ د٠ محمود سلام زناتى:

ـ تاريخ القانون المصرى سنة ١٩٧٣ م٠

ـ وهيب كامل:

ـ هيرودوت فى مصر ـ دار المعارف سنة ١٩٤٦ م٠

ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ـ مطبعة دار الكتاب العربى٠

ـ د٠ عبد الباسط صبيحى ود٠ محمد محمود ابراهيم:

ـ مبادئ المرافعات سنة ١٩٧٨ م٠

ـ د٠ وجدى راغب فهمى :

ـ مبادئ القضاء المدنى سنة١٩٨٦ م٠

(٥) بحوث ومقـالات : ـ

ـ د٠ بشرى الجندى :

ـ نظرية السبب ونظرية الباعث مجلة المحاماة السنة٤٢ العدد (٤) ٠

ـ د٠ ثروت أنيس الأسيوطى :

ـ نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لجامعة عين شمس سنة١٩٦٧ العدد (٢) السنة الثامنة٠

ـ د٠ حامد زكى :

ـ عقد التوريد وتغير الظرف الفجائى ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية سنة١٩٣٢ م٠

ـ د٠ عبد الرزاق احمد السنهورى :

ـ تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الاصلاح الزراعى ـ مجلة المحاماة السنة (٤١) العدد (١) سبتمبر سنة١٩٦٠ م٠

ـ د٠ عبد الحى حجازى :

ـ نظرية الاستحالة ـ مجلة المحاماة السنة (٤٧) العدد (١) ٠

ـ د٠ محمد عبد الجواد :

ـ الغبن اللاحق والظروف الطارئة ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة (٣٣) سنة١٩٦٣ م٠

ـ شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ـ مجلة القانون والاقتصاد العدد الرابع٠

ـ مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ـ مجلة المحاماة السنة (٣٩)
العدد الثانى اكتوبر سنة ١٩٥٨ م٠

ـ د٠ نجيب محمد بكير :

ـ أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام ـ مجلة المحاماة السنة
(٦٦) العدد ١ ، ٢ يناير ـ فبراير سنة ١٩٨٦ م٠

ـ الشيخ عبد الوهاب خلاف :

ـ تفسير النصوص القانونية وتأويلها ـ مجلة المحاماة السنة (٣١)
العدد (١) ٠

ـ الشيخ محمد ابو زهرة :

ـ اساءة استعمال الحق ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الخامسة
ـ العدد الثالث٠

ـ أحمد سالم الشورى :

ـ الاستغلال ـ مجلة المحاماة السنة (٣٥) العدد (٢) ٠

ـ أسعد الكورانى :

ـ الاستغلال والغبن فى العقود ـ مجلة المحاماة السنة (٤١) العدد
السادس فبراير سنة ١٩٦١ م٠

ـ نظرية الحوادث الطارئة فى التشريع المدنى للبلاد العربية ـ مجلة
المحاماة السنة (٤٠) العدد (١) سبتمبر سنة ١٩٥٩ م٠

ـ حنفى محمد غالى :

ـ نظرية الظروف الطارئة ومدى انطباقها على عقود بيع أملاك الحكومة
مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الثانية العدد (٣) يوليو ـ
سبتمبر سنة ١٩٥٨ م٠

ـ صليب بك سامى :

ـ الظروف الطارئة وأثرها فى مسئولية المتعاقدين مجلة المحاماة السنة (١٢) العدد التاسع يونيو سنة ١٩٣٢ م٠

ـ عادل علوية :

ـ نظرية الحوادث الطارئة ـ مجلة المحاماة السنة "٤٠) العدد الأول سبتمبر سنة ١٩٥٩ م٠

ـ عبد السلام الترمانيتى :

ـ سلطة القاضى فى تعديل العقود ـ مجلة لمحاماة السنة (٤١) العدد (٦) فبراير سنة ١٩٦١ م٠

ـ عبد العزيز سليمان : ـ

ـ الحرب ومدى أثرها فى الالتزامات الناشئة عن عقد الايجار ـ مجلة المحاماة السنة (٢٠) ٠

ـ محمد خضرى الجابرى (قاضى) :

ـ التعسف فى استعمال الحق بين الشريعة والقانون مجلة المحاماة السنة (٥٨) العدد ٧ ، ٨ ٠

ـ نصيف زكى :

ـ نظرية السبب فى التعهدات والعقود ـ مجلة المحاماة السنة(١١) ٠

ـ اضطراب سعر النقد ونظرية الطارئ المفاجئ ـ مجلة المحاماة السنة (١٣) العدد (٢) نوفمبر سنة ١٩٣٢ م٠

ـ مجلة الفيصل السعودية :

ـ الأعداد : ١٢ ، ٥٨ ، ٧٤ ، ٧٧ ، ٩٦ ، ١٠٦ ٠

ـ جريدة الأهـرام :

ـ العدد : ٣٧١٧٢ في ١٩٨٨/٩/١٦ م٠

ـ العدد ٣٧١٧٦ في ١٩٨٨/٩/٢٠ م٠

(٦) أحكام القضاء المصرى : ـ

ـ قضـاء النقض:

ـ نقض مدنى ١٩٧٧/٣/١ م فى الطعن رقم ٥٨٠ لسنة (٤٣) ق٠

ـ نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٩ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ق رقم ٢٢٣ ص١١٦٣ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٧٣/٦/٢١ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ق رقم ١٦٥ ص٩٥٣ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/٢٠ ـ م نقض م ـ ٢٤ ـ ١٣٢ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٧٠/٥/٥ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ق رقم ١٢٨ ص ٧٨٧ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٧٠/١١/٢٤ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ق رقم ١٨٧ ص١١٤٨ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٣ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ق رقم ١٣٤ ص٨٥١ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٦٩/١١/١١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٠ ق ـ مدنى ص١١٩٣ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٦٨/٥/١٦ ـ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ق ـ مدنى ص٩٣٦ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٦٦/٥/١٠ م ـ م نقض م ـ ١٧ ـ ١٠٦٤ ٠

ـ نقض مدنى ١٩٦٦/١٠/١٨ ـ م نقض م ـ ١٧ ـ ١٥٤٣ ٠

ـ نقض مدنى ١٨ / ٢ / ١٩٦٥ ـ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ق رقم ٣٠ ص ١٩١ ٠

ـ نقض مدنى ٢٦ / ٣ / ١٩٦٤ ـ فى الطعن رقم ١٣٦٨ لسنة ٢٩ ق ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية بمحكمة النقض (المكتب الفنى) السنة (١٥) العدد (٣) مطبعة دار القضاء العالى ٠

ـ نقض مدنى فى الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنيـــة لمحكمة النقض السنة (١٥) العدد (٣) المدة من اكتوبر ـ ديسمبر سنة ١٩٦٤ م ٠

ـ نقض مدنى ٣ / ١ / ١٩٦٣ ـ م نقض م ـ السنة ١٤ ق ص ٣٧ ٠

ـ نقض مدنى ٢١ / ٣ / ١٩٦٣ ـ م نقض م ـ السنة ١٤ ق ص ٤٠٩ ٠

ـ نقض مدنى ٢٠ / ١٢ / ١٩٦٢ ـ م نقض م ـ السنة ١٣ ق ص ١١٧٩ ٠

ـ نقض مدنى ٧ / ١٢ / ١٩٦١ ـ م نقض م ـ السنة ١٢ ق رقم ١٢٥ ص ٧٥٢ ٠

ـ نقض مدنى ١١ / ١١ / ١٩٥٩ ـ م نقض م ـ السنة (١٠) ق رقـــم ١٠٣ ص ٦٧٧ ٠

ـ نقض مدنى ٢٨ / ٦ / ١٩٥٦ ـ م نقض م ـ السنة (٧) ق رقـــم ١١٠ ص ٧٨٩ ٠

ـ نقض مدنى ٦ / ٥ / ١٩٥٤ ـ مجموعة المكتب الفنى السنة (٥) ق ص ٨٣٤ ٠

ـ نقض مدنى ٨ / ١١ / ١٩٥١ ـ م نقض م ـ (٣) رقم (٥) ص ٢٦ ٠

ـ نقض مدنى ٢٣ / ٣ / ١٩٥٠ ـ م ق م ـ ١١٣ ـ ٣٦٣ ٠

ـ نقض مدنى ٢٥ / ٥ / ١٩٥٠ ـ م ق م ـ ١١٤ ـ ٣٦٣ ٠

ـ نقض مدنى ٢٦ / ٣ / ١٩٤٠ ـ م ق م ـ السنة ١٥ ق رقم ٦٧ ص ٤٠٩ ·

ـ نقض مدنى : ٩ / ١١ / ١٩٣٣ ـ مجموعة محمود عمر ـ جـ ١ ص ٢٥٥ رقم ١٤١ ·

ـ أحكام المحاكم الأخرى : ـ

ـ استئناف القاهرة فى ٢٨ / ١١ / ١٩٦١ ـ المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢٦ ص ١٩٧ ·

ـ استئناف القاهرة جلسة ٨ / ١٢ / ١٩٥٧ م ـ المحاماة السنة (٣٨) ص ٧٣٦ ·

ـ استئناف مصر فى ٨ / ٢ / ١٩٥٧ م ـ المحاماة السنة (٣٨) ـ ٧٣٦ ـ ٢٩٣ ·

ـ استئناف الاسكندرية فى ٢٤ / ١١ / ١٩٥٤ ـ المجموعة الرسمية (٥٤) رقم ١٧٤ ص ٢٩٠ ·

ـ استئناف مختلط فى ١ / ٦ / ١٩٤٣ ـ م ٥٥ ·

ـ استئناف مختلط فى ٩ / ٣ / ١٩٣٩ م ـ المحاماة ١٩ ـ ٨٥ ـ ١٣٥ ·

ـ استئناف مصر فى ١٣ / ١٢ / ١٩٣٨ ـ المحاماة ـ ١٨ ـ ٤٩١ ـ ١٢٥٩ ·

ـ الاستئناف الأهلية فى ٩ / ٤ / ١٩٣١ ونقضه فى ١٤ / ١ / ١٩٣٢ ـ مجموعة عمر ـ جـ ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ ·

ـ استئناف القاهرة فى ٩ / ٤ / ١٩٣١ ـ المحاماة السنة (١٢) رقم (٤١) ص ٦٣ ·

ـ حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٣١ / ١٠ / ١٩٥٣ فى القضية رقم ٨٢٢ لسنة ١٩٥٣ مدنى كلى مصر ·

ـ قضية وزارة الأوقاف ضد كاملة هانم شريف ـ حكم محكمة مصر الأهلية

فى ١٩٢٨/٤/٢٤ م ــ مجلة كلية الحقوق للمباحث القانونية والاقتصادية العدد الثانى ــ السنة (٣) ــ أحكام المحاكم الأهلية ــ القسم المدنى فقرة (٧٢) ص١٨٥ ٠

ــ حكم محكمة القاهرة التجارية الجزئية فى ١٩٤٨/١٠/٣٠ ــ المحاماة السنة (٢٨) ص١٠٧٦ رقم٤٤٣ ٠

رابعا : مراجع باللغة الفرنسية : ـ

(١) بيان المختصــرات: ـ

- cass-civ : cassation civile.
- C.E : conseil d'état.
- com. : commercial.
- D : dalloz.
- déc : décembre.
- éd : édition.
- encyc : encyclopédie.
- G : gazette
- jan : janvier
- liv : livre.
- n° : nombre
- op cit : precité
- P. : page
- S. : sirey
- somm : sommaire
- T. : tome.
- trib : tribunaux
- 1er : premier
- III : troisiéme
- IV : cinquiéme livre

(٢) **بيان المراجـــع: ـ**

- antoine loysel, institus coutumiére. T. 1er liv III paris 1846.
- georges ripert, la régle morale dans les obligations civiles 4 ieme éd. paris-1949.
- D.hamed Zaki, l'imprévision en droit anglais, thése paris 1930.
- jean-louis mouralis "imprevision" encyclopédie dalloz-T.IV. éd. 10 paris 1973.
- lucien campion, la théorie de l'imprevision étude publié. dans la belgique judiciaire.G.de tribumaux belges et étrangeres 84 e année 1926.
- D.Mohamed abd el gawad, la force obligatoire du contrat en droit nusulman et la théorie de l'imprévision en droit egyptien, thése de doctorat paris 1957.
- marcel planiol et georges ripert, traité pratique de droit français.

(٣) ـ أحكام **القضاء**: ـ **أحكام النقض**:

- civ. 5 mars 1969- D. 1969. somm. 77.
- civ. 6. avril 1960. D. 1960-1-629.
- civ. 21. fevrier - 1944. G. 1944-1-249.
- civ. 17 mai 1944. G 1944-2-171.

- cass. civ. 18 juill 1923. D. 1925.1.6.
- cass. civ 16 mai 1922. D. 1922.1.130
- cass. civ 6 - juin. 1921. D. 1921.1. 73.
- cass. civ 4 août 1915. S. 1916.1.22.
- cass. civ S. 1903-1-46.
- cass. civ 6. mars 1876. D. 1876.1.139.
- civ. 9. jan. 1856. D. 1856.1.33.
- cass. civ. 9. jan. 1856. D. 1856.1.33.
- civ. 20 août 1838. S. 1838.1.373.
- cass. civ. 11 avril 1821. S. 21.1.254.

- أحكام المحاكم الأخـــرى : -

- trib civ. seine. 6 juin 1952. D. 1925. 735.
- com. 18. jan. 1950. D. 1950.1.227.
- trib com. rouen 19 mars. 1920. D. 1921.2.43.
- trib com. lyon 1er avril 1920. D. 1921.2.71.
- trib com. seine 16 déc. 1919.D. 1920.2.33.
- trib paris 21.21.1916. D. 1917.2.33.
- toulouse 1. jan. 1915. D. 1916.2.112.
- trib seine. 1. mai 1915.G.trib 1915.2.20.
- trib rouen. 27 juillet 1915. G. trib. 1916.2.414.
- orléan 24 mai 1854.D.1854.2.132.
- conseil d'état 9 déc.1932.compagnie des trammays de cherbourg. D. 1932 P. 317.
- compagnie génerale d'eclairage de bordeaux.D.1916.3.25.

محتويات الرسالة

الموضوع		الصفحة

الموضوع	الصفحة

الفصـل الثانـى
نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الموضوع		الصفحة

الموضوع			الصفحة
المطلب الأول	:	مدى اشتراط التراخى صفة فى العقد	٤٣٠
الفرع الثانى	:	مدى تطبيق أحكام النظرية على العقد الملزم لجانب واحد	٤٣٣
البند الأول	:	عقد الهبة	٤٣٤
البند الثانى	:	عقد العارية	٤٣٩
المطلب الثانى	:	الظرف الطارئ	٤٤٣
الفرع الأول	:	أحوال الظرف الطارئ	٤٤٤
البند الأول	:	الجائحة	٤٤٥
البند الثانى	:	تقلب قيمة النقود	٤٥٥
البند الثالث	:	الأعذار	٤٥٧
الفرع الثانى	:	أوصاف الظرف الطارئ	٤٦٢
البند الأول	:	مدى اشتراط كون الظرف الطارئ استثنائيا	٤٦٣
البند الثانى	:	مدى اشتراط كون الظرف الطارئ عاما	٤٦٥
البند الثالث	:	مدى اشتراط كون الظرف الطارئ متوقعا	٤٦٧
البند الرابع	:	مدى تأثير ارادة المتعاقد على حدوث الظرف الطارئ	٤٦٩
البند الخامس	:	مدى امكانية دفع الظرف الطارئ	٤٧١
الفرع الثالث	:	أثر الظرف الطارئ	٤٧٥
المطلب الثالث	:	تطبيقات العذر لدى فقهاء المذاهب الأربعة	٤٧٩
الفرع الأول	:	الأعذار التى تجيز الفسخ	٤٨٠
البند الأول	:	الأعذار التى تجيز الفسخ وكانت محل اتفاق الفقهاء	٤٨٠
أولا	:	الأعذار التى فى جانب المستأجر	٤٨٠
ثانيا	:	الأعذار التى فى جانب العين المؤجرة	٤٨٤

الموضوع		الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

رقم الايـــداع ٢٥٩٣/١٩٩١